ISSN 2674-9386

REVISTA DIREITO FAE

VOL 3 / NÚM 1 / 2021

REVISTA

DIREITO

FAE

FAE Centro Universitário

RDF	Curitiba	v. 3	n. 1	p. 438	2021

REVISTA DIREITO FAE

ASSOCIAÇÃO FRANCISCANA DE ENSINO SENHOR BOM JESUS – AFESBJ

Frei João Mannes, OFM
Presidente

Frei Mário José Knapik, OFM
Vice-presidente

Jorge Apóstolos Siarcos
Diretor-Geral

FAE CENTRO UNIVERSITÁRIO

Jorge Apóstolos Siarcos
Reitor

Everton Drohomeretski
Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão

Eros Pacheco Neto
Pró-Reitor de Administração e Planejamento

José Vicente Bandeira Mello Cordeiro
Diretor de Pós-Graduação

Alessandre Nunes
Assessor da Pró-Reitoria de Administração e Planejamento

Nacib Mattar Junior
Assessor da Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão

Naiara Fernanda Johnsson
Comissão Própria de Avaliação – CPA

COORDENADORES DE NÚCLEO E DEPARTAMENTO DA FAE CENTRO UNIVERSITÁRIO

Gabriele de Assunção Camargo
Núcleo de Admissão de Alunos – NAD

Nelcy Finck
Núcleo de Carreira Docente – NCD

Vera Fátima Dullius
Núcleo de Educação Digital – NED

Elaine Cristina de Azevedo Pacheco
Núcleo de Empregabilidade – NEP

Andrea Bier Serafim
Núcleo de Extensão Universitária – NEU

Nacib Mattar Junior
Núcleo de Legislação e Normas Educacionais – NLEG

Cleonice Bastos Pompermayer
Núcleo de Pesquisa Acadêmica – NPA

Karla Adriane Fernandes Zeni
Núcleo de Registro e Controle Acadêmico – NRCA

Areta Galat
Núcleo de Relações Internacionais – NRI

Paulo Roberto Araújo Cruz

Diretor de Relações Corporativas

Mônica Bosio

Ouvidora

Rita de Cássia Marques Kleinke

Pastoral Universitária

Edith Dias

Soraia Helena Ferreira Almondes

Bibliotecárias

***CAMPUS* - CURITIBA**

Andrea Regina Hopfer Cunha

Diretora do *Campus* Curitiba

COORDENADORES DE CURSO

Jorge Wilson Michalowski

Administração, bacharelado

Roger Lahorgue Castagno Junior

Management Experience Program – MEP

Engenharia Civil, bacharelado

Adriane Cordoni Savi

Arquitetura e Urbanismo, bacharelado

Érico Eleutério da Luz

Ciências Contábeis, bacharelado

Solidia Elizabeth dos Santos

Ciências Econômicas, bacharelado

Negócios Internacionais, bacharelado

Randy Rachwal

Comunicação Social: Publicidade e Propaganda, bacharelado

Negócios Digitais – bacharelado

Maristela Ferreira de Andrade Gomes da Silva

Curso Superior de Tecnologia em Gestão Comercial

Valter Pereira Francisco Filho

Curso Superior de Tecnologia em Gestão Financeira

Curso Superior de Tecnologia em Logística

Vera Fatima Dullius

Curso Superior de Tecnologia em Gestão de

Recursos Humanos – semipresencial

Curso Superior de Tecnologia em Gestão

Comercial – semipresencial

Curso Superior de Tecnologia em Gestão Financeira – semipresencial

Curso Superior de Tecnologia em Logística – semipresencial

Ceres Luehring Medeiros

Design, bacharelado

Gilberto Andreassa Júnior

Direito, bacharelado

Karlo Messa Vettorazzi

Programa FAE *Law Experience*

Aleksandra Gouveia Santos Gomes da Silva

Engenharia de Produção, bacharelado

Engenharia Mecânica, bacharelado

Antônio Joaquim Pinto, OFM
Filosofia, bacharelado
Filosofia, licenciatura

Rogério Tomaz
Letras – Português e Inglês, licenciatura

Silvia Iuan Lozza
Pedagogia, licenciatura

Joyce Kelly Pescarolo
Psicologia, bacharelado

***CAMPUS* - SÃO JOSÉ DOS PINHAIS**

Elcio Douglas Joaquim
Diretor do *Campus* São José dos Pinhais

COORDENADORES DE CURSO

Alessandra Fernandes Bichof
Administração, bacharelado
Ciências Contábeis, bacharelado

José Carlos Alves Silva
Direito, bacharelado

***CAMPUS* - ARAUCÁRIA**

Elcio Douglas Joaquim
Diretor do *Campus* Araucária

COORDENADORES DE CURSO

Alessandra Fernandes Bichof
Administração, bacharelado
Ciências Contábeis, bacharelado

José Carlos Alves Silva
Direito, bacharelado

Aleksandra Gouveia Santos Gomes da Silva
Engenharia de Produção, bacharelado
Engenharia Mecânica, bacharelado
Engenharia Elétrica, bacharelado

RDF [recurso eletrônico]: Revista FAE de Direito. Vol. 3, n. 1 (jun. 2021)

Semestral.
Disponível em: https://revistadedireito.fae.edu/direito/issue/view/7
ISSN: 2674-9386

1. Direito - Periódicos

REVISTA DIREITO FAE

EDITORIAL

O Volume 03, n. 1, Ano 2021, da Revista de Direito FAE, que temos a grande honra de apresentar, foi constituído vencendo muitas dificuldades, principalmente em razão da condição mundial da pandemia. A dificuldade de juntar textos para o volume e de conciliar tantos percalços, além de decisões editoriais difíceis na busca da promoção e incentivo do brilhantismo dos alunos da FAE, fazem com que esta edição seja particularmente especial.

Não por outro motivo o exemplar apresenta, como texto de abertura, um diálogo entre a democracia brasileira em tempos de COVID-19. Discutir democracia é sempre indispensável para a construção de consciência cidadã, principalmente diante de tempos de enfraquecimento global das instituições democráticas.

A jovem democracia brasileira aparentemente corre riscos, seja pela bipolarização política, seja por um constitucionalismo abusivo, ou porque, conforme aponta Hans Kelsen, "A democracia parece ter menos poder de resistência que a autocracia", ou seja, ela favorece o oportunismo político, o populismo carismático, o fanatismo religioso, as propostas mágicas de solução dos problemas de minorias que não conseguem representatividade.[1]

O presente volume discute temas relevantes, todos cruzados pelo ideal democrático e pela justiça, tais como: improbidade administrativa, medidas anticorrupção, controle sobre a produção Pretoriana do Supremo Tribunal Federal, direito constitucional tributário, direito das mulheres, controle de gastos da administração pública.

[1] KELSEN, Hans. **A Democracia.** Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jéferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Outros temas que receberam particular importância, visivelmente sensíveis a forma pela qual o mundo se comportou diante da COVID-19 e a necessidade da migração das atividades profissionais e acadêmicas para os meios digitais, foi o reconhecimento de vínculo empregatício entre trabalhadores e aplicativos e regulamentação de moedas virtuais.

Os temas de direito civil, relativos às conexões parentais, foram problematizados ao tratar do ajustamento das famílias acolhedoras e do reconhecimento da maternidade socioafetiva. O exemplar, ainda, conta com uma interessante discussão sobre responsabilidade civil dos profissionais da medicina, assunto de nodal interesse, haja vista as profissões que cuidam da saúde estarem no centro das atenções atuais, pois, imprescindíveis diante da pandemia.

O Volume 3 da Revista de Direito FAE conta com um apêndice especial, contendo artigos oriundos do "LaWar II: A Batalha dos 7", concurso promovido pela Coordenação do Curso de Direito da FAE – Centro Universitário, visando promover aos discentes da instituição, "melhor preparação para a carreira jurídica através do estímulo às múltiplas habilidades, bem como melhor preparação às questões práticas da vida jurídica com destaque para os Exames da OAB-PR, Enade e demais concursos da área."[2]

O referido concurso contou com uma fase preliminar, na qual os concorrentes deveriam elaborar um artigo científico sobre assunto pré-estabelecido pela comissão e contendo análise de bibliografia obrigatória. O tema proposto foi: "O Regime da Felicidade como Vitrine nas Redes Sociais."

Foram vários artigos brilhantes, e, os três que se destacaram, por ordem de classificação, foram contemplados com a publicação neste terceiro volume da RDF: A pandemia da felicidade digital; Felicidade comprada: uma análise dos reflexos da

[2] EDITAL NEU N.º 12/2020, Regulamento do "LAWAR II: A BATALHA DOS 7" - 2020, dos cursos de graduação em Direito, Bacharelado, da FAE Centro Universitário.

LGPD na comercialização da felicidade dentro das redes sociais e, (In)Felizes para sempre? Como o regime de felicidade das redes sociais afeta processos de violência contra a mulher.

Convidamos todos para desfrutarem da nossa Revista, desejando uma ótima leitura.

Thaïs Savedra de Andrade

Coordenação Editorial da RDF

REVISTA
DIREITO
FAE

SUMÁRIO

QUEM É QUEM NA FAE – CENTRO UNIVERSITÁRIO ..... **2 - 4**

EDITORIAL ..... **5 - 7**

1. PANDEMIA ANTIDEMOCRÁTICA: A COVID-19 SOB A ÓTICA DA NECROPOLÍTICA À BRASILEIRA, *José Carlos Alves SILVA, Maria Carolina Poholink Cabral BASSI, Thais Sabrine Almeida LUSTOSA* ..... **10 - 32**

2. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA, *Aline PAYONKI, Sayonara SAUKOSKI, Graciela Cristina Freitas SIMON SOLA* ..... **33 - 66**

3. A RELEVÂNCIA DO DIREITO À INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A CONSEQUENTE RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL, *Emmanuel GAZDA, Jean Carlos dos Santos COELHO, Matheus Mazzarotto de Castro VULCANIS, Paulo Jose Panassolo HOFFMANN, Robson Luiz SANTIAGO* ..... **67 - 106**

4. O ART. 28 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO COMO UMA NECESSÁRIA RELEITURA DO ART. 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, *Grazielle GRUDZIEN, Maria Isabelle de Carvalho APPEL, Daniel MÜLLER MARTINS* ..... **107 - 141**

5. PRECEDENTES: PARADIGMA DO CONSTITUCIONALISMO TRIBUTÁRIO, *Thaïs SAVEDRA de Andrade, Jeferson Ferreira dos SANTOS* ..... **142 - 162**

6. FAMÍLIA ACOLHEDORA UMA ESTRATÉGIA DE PROTEÇÃO EM CONSTRUÇÃO, *Sayonara SAUKOSKI, Fabiana SADY KURELO* ..... **163 - 195**

7. A MANUTENÇÃO E O PROGRESSO DAS MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO IMPRESCINDÍVEIS AO BRASIL, *Aline Hoff SOUZA, Lucas PEIXER Alves Pires, Thaïs SAVEDRA de Andrade* ..... **196 - 223**

8. SOBRE (A)TIPICIDADES E (IN)SIGNIFICÂNCIAS: DUAS CRÍTICAS AO DESPREZO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Airto CHAVES JUNIOR, Samara Sandra TAMANINI* ..... **224 - 256**

9. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE TRABALHADORES E APLICATIVOS, *Jenner Pereira dos SANTOS JÚNIOR, Weverton Freitas CASTRO, Gabriela Nogueira Xavier MATIAS* **.....257 - 282**

10. UMA ANÁLISE DOS DIREITOS DAS MULHERES CHEFES DE FAMÍLIA, AVANÇOS E RETROCESSOS, *Glenda Lima de OLIVEIRA, Gabriela Nogueira Xavier MATIAS* **.....283 - 316**

11. CRIPTOMOEDAS E SUA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA, *Guilherme Helfenberger Galino CASSI, Victória Sezinando SANT'ANA* **.....317 - 358**

12. AÇÃO POPULAR DE EXIGIR CONTAS: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA DA NOVA TEORIA DOS PROCEDIMENTOS PARA O CONTROLE DE GASTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, *Amanda BORTOLOTTI, Cristina Bichels LEITÃO* **.....359 - 390**

ARTIGOS GANHADORES DO LAWAR.....391

1. A PANDEMIA DA FELICIDADE DIGITAL, *Carina Lamas RONCATO, Daviane dos Santos CHEGOSKI, Eduardo Brock TREVIZOLLI, Gabriel Henrique Espiridião GARCIA BACH, Gabrielle CANALLI, Giovanna Baggio FLORES*.....**392 - 417**

2. FELICIDADE COMPRADA: UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS DA LGPD NA COMERCIALIZAÇÃO DA FELICIDADE DENTRO DAS REDES SOCIAIS, *Ana Laura Fonseca FRANKE, Bernardo Antonio Canali PEREIRA, Gabriela Ritondaro GALVÃO, Hanna FEDALTO, Maria Vitória Macarini KOEHLER, Paloma Bastos Andrade COPETTI, Rafael Henrique RESKE* **.....418 - 436**

3. (IN)FELIZES PARA SEMPRE? COMO O REGIME DE FELICIDADE DAS REDES SOCIAIS AFETA PROCESSOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, *Bruna PINHEIRO, Jacqueline Dal Comune KLIPPEL, João GORSKI, Maria Carolina POHOLINK, Paola Emanuelle RODRIGUES, Thaís LUSTOSA, Thiago Lohan BANACH* **.....437 - 463**

REVISTA DIREITO FAE

PANDEMIA ANTIDEMOCRÁTICA: A COVID-19 SOB A ÓTICA DA NECROPOLÍTICA À BRASILEIRA

ANTIDEMOCRATIC PANDEMIC: COVID-19 UNDER THE NECROPOLITICS VIEW OF BRAZIL

José Carlos Alves SILVA[1]
Maria Carolina Poholink Cabral BASSI[2]
Thais Sabrine Almeida LUSTOSA[3]

RESUMO

Desde o período de colonização do Estado brasileiro, a ascensão de determinada classe da população ocorreu através da escravidão, e detrimento dos menos favorecidos, na época, índios e negros, tiveram seus corpos objetificados, suas liberdades usurpadas, sendo, portanto, o alvo da exploração. Tais fatores históricos construíram, e ainda, influenciam de forma determinante a condição socioeconômica dos grupos minoritários; Inclusive, o próprio racismo institucionalizado é reflexo daquele passado hostil, e hoje, apresenta como uma das grandes consequências, a desigualdade enfrentada pela população negra; a qual, no cenário atual, vivencia uma

[1] Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL; Coordenador do Curso de Direito da FAE – Centro Universitário unidade São José dos Pinhais e Araucária. Contato: josé.silva@fae.edu

[2] Bacharel em Direito na instituição de ensino FAE Centro Universitário. Contato: mariapoholink@gmail.com

[3] Bacharel em Direito na instituição de ensino FAE Centro Universitário. Contato: thaislustosa88@gmail.com

exposição de maior vulnerabilidade na crise sanitária enfrentada pelo Brasil, fato este que reafirma o baixo acesso às políticas sociais, entre elas, o acesso ao sistema público de saúde e a assistência de saúde. Deste modo, sob a ótica da Necropolítica institucionalizada, onde o Estado determina a importância de cada vida e, observando que a pandemia da COVID-19 escancarou a atual legitimação da política de mortes, pretende-se conceituar esses institutos, demonstrar que a construção histórica do estado brasileiro está intimamente ligada a metodologia da Necropolítica, e o domínio sobre os corpos negros, para portanto, compreender as relações de morte que mobilizam a população negra no momento da pandemia.

PALAVRAS-CHAVE: Necropolítica; COVID-19; Democracia; Negros; Desigualdade.

ABSTRACT

Since the period of colonization of the Brazilian State, the rise of a certain class of the population occurred through slavery, and to the detriment of the less favored, at the time, Indians and blacks, had their bodies objectified, their liberties usurped, being, therefore, the target of exploration. Such historical factors have built, and still, have a decisive influence on the socioeconomic status of minority groups; Even institutionalized racism itself is a reflection of that hostile past, and today, as one of the great consequences, it presents the inequality faced by the black population; which, in the current scenario, experiences an exposure of greater vulnerability in the health crisis faced by Brazil, a fact that reaffirms the low access to social policies, among them, access to the public health system and health care. Thus, from the perspective of institutionalized Necropolitics, where the State determines the importance of each life and, noting that the COVID-19 pandemic opened up the current legitimation of the death policy, it is intended to conceptualize these institutes, to demonstrate that the historical construction of the Brazilian state is closely linked to the methodology of the

Necropolitics, and the domain over black bodies, in order to understand the death relationships that mobilize the black population at the time of the pandemic.

KEYWORDS: Necropolitics. COVID-19. Democracy. Black. Inequality.

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde, reconheceu, no dia 11 de março de 2020 a nova Pandemia provocada pelo coronavírus SARS-COV-19, atualmente designado por COVID-19. Na sequência, o Decreto Legislativo nº 6/200, decretou estado de calamidade até o dia 31 de Dezembro de 2020, em decorrência dos efeitos da crise sanitária enfrentada.

Insta destacar que, a nível pandêmico, as repercussões mais notáveis ocorreram, partindo do século VI com a conhecida "Praga de Justiniano"[4], passando pelo século XIV com a "Peste Negra"[5], até se chegar no século XX com a "Gripe Espanhola"[6]; sendo, todas elas, doenças com alto potencial de mortalidade e extermínio da população.

Obviamente, o histórico mundial de doenças avassaladoras e suas principais vítimas têm muito o que dizer no que se refere a desigualdade social e suas maiores

[4] A peste justiniana foi assim chamada por ter-se iniciado no Império Bizantino, ao tempo do imperador Justiniano, no ano de 542 d.C. Vide: REZENDE, JM. À sombra do plátano: crônicas de história da medicina [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. As grandes epidemias da história. pp. 73-82.

[5] A peste negra foi a maior e a mais trágica epidemia que a história registrou, teve início na Ásia Central, espalhando-se por via terrestre e marítima em todas as direções. Em 1334 causou cinco milhões de mortes na Mongólia e no norte da China. Calcula-se em 24 milhões o número de mortos nos países do Oriente. Vide: Lopes, O. C. A Medicina no Tempo. São Paulo, Edusp/Melhoramentos, 1969.

[6] A chamada gripe espanhola, oriunda da Europa em 1918, após a Primeira Guerra Mundial, vitimizou cerca de vinte milhões de pessoas. Vide: Liu, C. "Influenza". In Hoeprich, P.D. (ed.). Infectious Diseases. Philadelphia, Harper & Row Publ., 1983.

consequências; estudos demográficos recentes[7] mostraram que grupos na extremidade inferior do espectro socioeconômico, sofreram desproporcionalmente nos séculos passados, no entanto, este cenário tem sido reprisado no que tange ao enfrentamento da COVID-19.

Com relação aquelas que sobrevivem às mazelas da sociedade, no Brasil, 75% dos mais pobres são negros, segundo um levantamento realizado em 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que apontou como pretos e pardos trabalham, estudam e recebem menos que os brancos no país.[8]

Ainda de acordo com o mesmo estudo, quando se trata em qualidade de vida, as desigualdades por cor ou raça revelam-se também nas condições de moradia, tanto na distribuição espacial dos domicílios, como no acesso a serviços, quanto nas características individuais dos domicílios. Em relação à distribuição espacial, o Censo Demográfico 2010 verificou que, nos dois maiores municípios brasileiros, São Paulo e Rio de Janeiro, a chance de uma pessoa preta ou parda residir em um aglomerado subnormal era mais do que o dobro da verificada entre as pessoas brancas. [9]

Indicadores relacionados à cobertura de serviços de saneamento básico também apontam uma significativa desigualdade, em 2018, verificou-se maior proporção da população preta ou parda residindo em domicílios sem coleta de lixo (12,5%, contra 6,0% da população branca), sem abastecimento de água por rede geral (17,9%, contra 11,5% da população branca), e sem esgotamento sanitário por

[7] WADE. Lizzie. From Black Death to fatal flu, past pandemics show why people on the margins suffer most, 2020. Disponível em <https://www.sciencemag.org/news/2020/05/black-death-fatal-flu-past-pandemics-show-why-people-margins-suffer-most?rss=1#> Acesso em 27/07/2020

[8] Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil Local: Rio de Janeiro Editor: IBGE Ano: 2019. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf> Acesso em 27/07/2020

[9] No Município de São Paulo, 18,7% das pessoas pretas ou pardas residiam em aglomerados subnormais, enquanto entre as pessoas brancas esse percentual era 7,3%. No Município do Rio de Janeiro, 30,5% das pessoas pretas ou pardas residiam em aglomerados subnormais, ao passo que o percentual registrado entre as pessoas brancas foi 14,3%.

rede coletora ou pluvial (42,8%, contra 26,5% da população branca), implicando condição de vulnerabilidade e maior exposição a vetores de doenças.

Os números não mentem, tanto que, reflexo dessas condições insalubres, é a discrepância do nível de mortalidade do COVID-19, que, em que pese seja democrático no sentido biológico, na realidade, o que se observa, é que o mesmo atinge veemente a "Ralé Brasileira"[10].

Nesse contexto, a condição econômica é elemento que prescinde o fator da fragilidade; se contra fatos não há argumentos, o que explica a incidência avassaladora de óbitos na população negra?

Em vista da reflexão trazida pelo filósofo camaronês Achille Mbembe, sobre Necropolítica, o presente ensaio propõe uma análise aprofundada sobre este conceito, e como ele tem sido aplicado e legitimado pelo Estado brasileiro durante a pandemia da COVID-19.

Trata-se de um recorte bibliográfico que apresenta a teoria desenvolvida no que se refere a democratização do poder de matar, e, explica, como esta política, tem sido utilizada como um mecanismo de controle social, desde o período colonial, bem como o reflexo de tal, na circunstância pandêmica e as políticas de prevenção adotadas pelo Estado.

---

[10] "Nome provocativo em uma sociedade que nega e maquia todos os seus conflitos principais; quase 1/3 da população brasileira, é tão abandonada e desprezada socialmente que tem de cuidar do pão de cada dia tornando-a prisioneira do "aqui e agora" que é a negação de qualquer perspectiva ou cálculo de futuro. O que é retirado da "ralé" – por uma sociedade injusta que a explora como mão de obra barata em atividades corporais para que a classe média possa se dedicar a estudos e empregos rentáveis e prestigiosos – é qualquer perspectiva de "futuro". Existem classes literalmente "com futuro" e outras "sem futuro", o qual precisa ser cuidadosamente calculado e planejado para acontecer. É esse tipo de "incorporação" de certas capacidades e virtudes que realmente separa as classes uma das outras, e não a renda, que é mero resultado da presença ou da ausência desses pressupostos." Vide: SOUZA, Jessé. A ralé brasileira: quem é e como vive. 1a. reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

Assim, através da exploração de dados, o artigo irá demonstrar a exposição e a vulnerabilidade da população negra, o elevado contágio e índice de mortalidade em relação ao novo vírus; como e porque os números são maiores entre os negros.

Busca-se, ainda, demonstrar as origens de um baixo acesso às políticas sociais, consequentemente, a inalcançabilidade de um sistema de saúde efetivo para a população negra, cenário este capaz de conduzir a mortalidade dentro das comunidades negras de forma eminentemente superior, em comparação a população branca.

Este escrito é um convite para um olhar filosófico a partir da contribuição de Achille Mbembe, ao conceito de Necropolítica, e como este está concatenado ao número de negros levados a óbito durante e por conta da pandemia de COVID-19.

1 O GERENCIAMENTO DE MORTES

A fim de elucidar o conceito de "Necropolítica", convém destacar que a referida corrente epistemológica é desenvolvida pelo filósofo camaronês[11] Achille Mbembe, em um contexto Foucaultiano de "Direito de morte e poder sobre a vida", no qual Michel Foucault nos apresenta e discute o conceito de biopoder-biopolítica que "[...]

[11] Nascido em julho de 1957 nos Camarões (três anos antes da Independência da República dos Camarões – 1960), fez sua formação acadêmica inicialmente na França e, posteriormente, em Nova Iorque, nos EUA. Atualmente se configura, a partir do campo das Ciências Políticas, como um pensador fértil, polêmico e incisivo nas questões que tocam as Áfricas e os mundos. (LIMA, Fátima. Bio-necropolítica: diálogos entre Michel Foucault e Achille Mbembe. Arquivos Brasileiros de Psicologia; Rio de Janeiro, 70 (no.spe.): 20-33)

foi nada menos do que a entrada da vida na história – isto é, a entrada dos fenômenos próprios à vida da espécie humana na ordem do saber e do poder [...]".[12]

É nesse cenário, em torno das noções de biopolítica e biopoder, que Achille Mbembe apresenta a ideia de Necropolítica, partindo referencialmente de territórios e processos históricos marcados pelas lógicas da colonialidade e neocolonialidade.

Pois, para Mbembe, esses fenômenos marcamos por opressões e violências, dentre as quais podemos destacar a racial, é que se retoma as críticas foucaultianas à noção clássica de soberania, assim dispõe "[...] a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer".[13]

Assim, através dessas discussões sobre soberania, biopoder e biopolítica, Achille Mbembe avança nas reflexões desenvolvidas por Michel Foucault na medida em que introduz a questão colonial, o sistema escravocrata e o modelo de *plantation*[14] como elementos fundamentais para entender tanto a biopolítica quanto a Necropolítica.[15]

Basicamente, entende-se que as organização de colônias não propiciam ambientes humanísticos, na medida em que se desconhece os princípios de cidadania, e portanto, inexiste respeito mútuo, "[...] Em suma, as colônias são zonas em que guerra e desordem, figuras internas e externas da política, ficam lado a lado ou se alternam. Como tal, as colônias são o local por excelência em que os controles

[12] Foucault, M. História da sexualidade: A vontade de saber. Rio de Janeiro, RJ: Paz & Terra, 2014b, cit. p. 153.

[13] Mbembe, A. (2017). Políticas da inimizade. Lisboa: Antígona. Cit. p. 5.

[14] O sistema *plantation* enquanto estrutura político-jurídica é o modelo em que o escravo pertence ao senhor. (Mbembe, 2018)

[15] LIMA, Fátima. Bio-necropolítica: diálogos entre Michel Foucault e Achille Mbembe. Arquivos Brasileiros de Psicologia; Rio de Janeiro, 70 (no.spe.): 20-33, 2018.

e as garantias de ordem judicial podem ser suspensos – a zona em que a violência do estado de exceção supostamente opera a serviço da "civilização".[16]

Segundo seus ensinamentos, a escravidão ou o processo escravocrata, constituiu "[...] umas das primeiras instâncias de experimentação biopolítica sendo uma figura emblemática e paradoxal do estado de exceção".[17]

A esse respeito, Mbembe revela que nenhuma revisão histórica do crescimento do terror moderno poderá omitir a escravatura, entendida como um dos primeiros exemplos de experiência biopolítica. Em muitos aspectos a própria estrutura do sistema de *plantation* (plantações) e de suas consequências revela a figura emblemática e paradoxal do Estado de Exceção[18].

Para ele, nós nos constituímos desde o princípio e no seu fim numa zona de exceção. A exceção nos marca e os seus efeitos modelam as práticas discursivas reatualizando os traços de colonialidade, colocando em suspensão o que realmente almejamos ou queremos dizer quando falamos em democracia, principalmente em contextos que se constituíram sob o mito da democracia racial[19].

Mbembe, afirma que as questões biológicas conduziram (e conduzem) a políticas de mortes definindo quem deve viver e quem deve morrer, e fazendo esse controle dos corpos através das divisões no campo biológico, diz ele: "Esse controle pressupõe a distribuição da espécie humana em grupos, a subdivisão da população em subgrupos e o estabelecimento de uma cesura biológica entre uns e outros. Isso é o que Foucault rotula com o termo (aparentemente familiar) "racismo"[20].

---

[16] Mbembe, A. (2017). Políticas da inimizade. Lisboa: Antígona. Cit. p. 35.

[17] Mbembe, A. (2017). Políticas da inimizade. Lisboa: Antígona. Cit. p. 27.

[18] Mbembe, A. (2017). Políticas da inimizade. Lisboa: Antígona. Cit. p. 27.

[19] LIMA, Fátima. BIO-NECROPOLÍTICA: DIÁLOGOS ENTRE MICHEL FOUCAULT E ACHILLE MBEMBE. Arquivos Brasileiros de Psicologia; Rio de Janeiro, 70 (no.spe.): 20-33, 2018.

[20] MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 Edições, 2018. Cit. p. 128.

A raça, dentro de uma relação de classe sempre teve uma elevação no discurso do biopoder.[21]

Nesse contexto, verifica-se que o período escravocrata, é uma grande representação do que se diz biopoder, haja vista desumanização representada pelo livre exercício da soberania, uma vez que o negro tinha sua dignidade e sua liberdade roubada por um senhor branco, Mbembe afirma que, a vida do escravo é uma forma de “morte em vida”.

> Em primeiro lugar, no contexto da colonização, figura-se a natureza humana do escravo como uma sombra personificada. De fato, a condição de escravo resulta de uma tripla perda: perda de um “lar”, perda de direitos sobre seu corpo e perda de status político. Essa perda tripla equivale a dominação absoluta, alienação ao nascer e morte social (expulsão da humanidade de modo geral). Para nos certificarmos, como estrutura político-jurídica, a fazenda é o espaço em que o escravo pertence a um mestre. Não é uma comunidade porque, por definição, implicaria o exercício do poder de expressão e pensamento. (MBEMBE, 2016, p. 131).

Na contemporaneidade, observamos que a seleção através da condição biológica e étnica ainda tem uma grande proeminência, só é observar a porcentagem da população que mais morre no Brasil. Essa população é uma população negra que faz parte de um grupo étnico majoritariamente de territórios periféricos, pessoas que são discriminadas, segregadas e marginalizadas pelo Estado, que é o racismo.[22]

---

[21] Silva, Carlos. COVID-19 E NECROPOLÍTICA NA CONJUNTURA BRASILEIRA. Boletim de Conjuntura (BOCA), vol. 2, n. 6, Boa Vista, 2020.

[22] Silva, Carlos. COVID-19 E NECROPOLÍTICA NA CONJUNTURA BRASILEIRA. Boletim de Conjuntura (BOCA), vol. 2, n. 6, Boa Vista, 2020.

Para Mbembe, Foucault entende que o “Racismo é acima de tudo uma tecnologia destinada a permitir o exercício do biopoder, “aquele velho direito soberano de morte”. Para o filósofo[23], “Na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição de morte e tornar possível as funções assassinas do Estado. Segundo Foucault, essa é “a condição para a aceitabilidade do fazer morrer”.

Nesse contexto, convém destacar que, no Brasil, o histórico de detrimento de classes raciais, foi, inclusive, condição fundante do nosso país, fato este que deixa resquícios até os dias atuais, sendo, portanto, fator determinante para o baixo acesso às políticas sociais da população negra.

2 CONDIÇÕES FUNDANTES DO ESTADO BRASILEIRO

Consoante supracitado, a base fundante do nosso estado está diretamente ligada ao genocídio indígena, dos povos originários e sua colonização forçada; logo em seguida, tem-se o processo de escravidão, onde havia povos retirados de suas tribos, submetidos a trabalhos forçados, os quais tinham sua liberdade corporal usurpada pelos colonizadores e senhores escravocratas.

Nesse momento, pode ser delimitado o surgimento da Necropolítica no Estado brasileiro, a escolha de quem vive e morre, o detrimento de uma classe para a ascensão de outra, sempre com o “aval’’ estatal, tendo estabelecida a formação do estado como ente torturador.

Deste modo, deve-se questionar se de fato, existe um Brasil pós-abolição, “Ou se, por outro lado, a imagem (normativa e negativa) de um Brasil pós-abolição não seria precisamente um signo ‘das inconveniências da História para a vida’ que

[23] MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 Edições, 2018. Cit. p. 128.

impedem de conceber que não há Brasil pós abolição porque jamais conhecemos abolição efetiva."[24]

Partindo dessa análise, pode-se dizer que o período escravocrata ainda vigora, isto porque "o Brasil pode ser definido como uma Nação cujo projeto consistiu em uma sucessão de usos necropolíticos (e etnocidas) da memória do colonialismo e do escravismo, impedindo ou governando os usos biopolíticos dessa memória que significaria, senão a sua integral superação, a instauração de um novo horizonte de possíveis políticos – isto é, uma nova relação com a vida''.[25]

Todavia, não se vislumbra a superação desse passado exploratório, sendo que, atualmente, e ainda, com ênfase ao estado pandêmico atual, evidencia-se que o povo negro ainda tem para si a realidade periférica, a liberdade individual usurpada e a submissão ao poder estatal, principalmente no que se refere à política de mortes.

Na construção dessa linha do tempo sobre o desfavorecimento racial, temos, ainda, um Estado Nacional do século XIX e XX, pós escravatura, que demonstra a necessidade de implementação de mecanismos de coerção, acerca do domínio sobre a população negra, pois a ela se reserva o barateamento da mão de obra e o seu lugar às margens da sociedade; o que potencializa a exploração e a ideia de descarte destes povos, agora supervisionada por um Estado de Direito omisso.

O contexto pandêmico em que nos encontramos, só escancara a falha na organização social, a falta de políticas públicas eficazes, e a seleção social que a Necropolítica proporciona. Colocando em linhas gerais, a desigualdade social

[24] CORRÊA, Murilo Duarte Costa; Vieira, Cainã Domit. NECROPOLÍTICA DA MEMÓRIA ESCRAVA NO BRASIL PÓS-ABOLIÇÃO. Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 11, n. 26, p. 368 - 401, jan./abr. 2019, cit. p. 371.

[25] CORRÊA, Murilo Duarte Costa; Vieira, Cainã Domit. NECROPOLÍTICA DA MEMÓRIA ESCRAVA NO BRASIL PÓS-ABOLIÇÃO. Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 11, n. 26, p. 368 - 401, jan./abr. 2019, cit. p. 371.

enraizada na sociedade encontrou um ‘’aliado’’ sanitário para que uma exterminação racial ocorra de forma legítima através da negligência do Estado.

É cediço que o acesso a elementos fundamentais, tais como; moradia, saneamento básico, higiene básica, sistema de saúde pública, segurança, educação alimentar, estrutura econômica, estrutura familiar, acesso mínimo a informações, condições dignas de trabalho; São necessários para o enfrentamento da atual pandemia, no entanto, fica evidente que a falta desses elementos nos proporciona os efeitos colaterais discrepantes entre uma classe e outra.

Dessa forma, é um equívoco afirmar que a mortalidade é democrática, haja vista que o estado de pobreza, - o qual, em sua maioria é composto por negros [26]-, desemboca todos os efeitos de um estado que se utiliza de uma política de extermínio predominante desde a sua colonização.

Portanto, vale ressaltar que esse sistema de gerenciar mortes, não adveio da condição de calamidade pública, muito pelo contrário, a crise sanitária, provocada pela COVID-19, apenas elucidou todas as dificuldades e ônus que a população pobre e negra, historicamente enfrentam.

Dessarte, diante das altas taxas de mortalidade no cenário pandêmico, sobretudo dos pobres e das chamadas minorias, o desejo em obter o controle de letalidade, escancara a legitimação do gerenciamento das mortas - a Necropolítica.

3 MORTALIDADE NEGRA

[26] Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil Local: Rio de Janeiro Editor: IBGE Ano: 2019. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf> Acesso em 27/07/2020

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde reconheceu o estado de Pandemia em decorrência do vírus SARS-COV-19, sendo que até o dia 19 de junho de 2020, já foram contabilizadas 450.686 [27] mortes.

Estudiosos[28] afirmam que o grau de mortalidade atinge em sua maioria os mais idosos, pessoas com doenças crônicas como cardiopatias, diabetes, câncer, baixa imunidade. No entanto, em uma análise internacional, o que tem se observado é que a questão étnico-racial se apresenta como um fator de risco, haja vista que negros aparentemente possuem uma vulnerabilidade maior do que os brancos, no que se refere a resistência ao vírus.

Vejamos as notícias:

> Em Chicago, cidade mais populosa do estado de Illinois, onde o ex-presidente americano Barack Obama vive e fez carreira política e acadêmica, os negros compõem 30% da população, mas representavam 68% dos 118 mortos e 52% dos cerca de cinco mil casos confirmados no município até quarta-feira (7). A taxa local de morte de negros pela pandemia é quase seis vezes maior que a de brancos. (MARINI, 2020, p. 1)

E mais:

> Em Milwalkee, município com a maior população de Wisconsin e a 28ª dos EUA, o cenário é parecido. Os negros, que formam 28% da população,

[27] Dados da folha informativa OPAS/OMS BRASIL, disponível em <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> Acesso em 21/06/2020

[28] OLIVEIRA, Wanderson Kleber de et. al. COMO BRASIL PODE CONTER O COVID-19. Epidemiol. Serv. Saude, Brasília, 29(2):e2020044, 2020.

> representam 73% das 45 mortes do município. A desproporção é mais alarmante quando se considera os índices de todo o estado: quase metade das mortes por coronavírus é de negros, que constituem apenas seis por cento da população. (MARINI, 2020, p. 2)

Nesse diapasão, convém destacar que as subnotificações Brasileiras, levaram o pronunciamento da Justiça Federal do Rio de Janeiro[29], a fim de determinar que as notificações de casos confirmados e óbitos, em decorrência do coronavírus, incluam, obrigatoriamente, informações de raça e cor dos infectados.

No entanto, a referida decisão foi suspensa, o que, por razões óbvias, demonstra escancaradamente a falta de controle dos dados sobre a pandemia e dos grupos subalternizados mais atingidos pelo vírus.

Salienta-se a necessidade do mapeamento por classes, justamente para que os protocolos de mobilização - a fim de viabilizar a contenção do vírus -, sejam formulados de forma adequada a amparar as populações diretamente atingidas. Todavia, de acordo com a decisão suspensiva, a referida desconsiderou tal relevância, argumentando que “a ordem judicial faria com que os agentes de saúde “repentinamente” fossem “obrigados a modificar suas atividades para promover o cumprimento daquilo que os autores - sem qualquer planejamento - reputam devido”.

Tal embate, evidencia o desmazelo do estado para com a população negra, sendo reafirmado em uma análise realizada pela Agência Pública[30], a qual

[29] Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-15/populacao-negra-vai-a-justica-para-contar-seus-mortos-por-covid-19-e-expoe-leitura-deformada-da-pandemia.html> Acesso em 24/07/2020

[30] Análise da Agencia Publica Brasileira <https://apublica.org/2020/05/em-duas-semanas-numero-de-negros-mortos-por-coronavirus-e-cinco-vezes-maior-no-brasil/> Acesso em 21/06/2020

demonstrou que há uma morte para cada três brasileiros negros hospitalizados por Covid-19, enquanto entre brancos a proporção é de uma morte a cada 4,4 internações. Em São Paulo, cidade com o maior número de casos, bairros com maior concentração de negros têm mais óbitos pela doença. Dos dez com o maior número absoluto de mortes por coronavírus, oito têm mais negros que a média municipal.

Esses dados se reafirmam, em um estudo liderado por pesquisadores da PUC-Rio[31], em termos de óbitos por Covid-19, pessoas sem escolaridade têm taxas três vezes maiores (71,3%) em relação àqueles com nível superior (22,5%). Combinando raça e índice de escolaridade, o cenário fica ainda mais desigual: pretos e partos sem escolaridade morrem quatro vezes mais pelo novo coronavírus do que brancos com nível superior (80,35% contra 19,65%). Considerando a mesma faixa de escolaridade, pretos e pardos apresentam proporção de óbitos 37% maior, em média, do que brancos.

Essa desproporção de óbitos nos leva refletir sobre o Estado de Exceção Foucaultiano, isto porque o desprezo com a parte minoritária da população, bem como a ausência de elementos capazes de promover a equidade desses cidadãos, consigna-se em assassínio indireto: “o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição”.[32]

O racismo de Estado se coloca como um aspecto determinante no processo de definição das condições de aceitabilidade para quem vive e morre, no sentido de

[31] Estudo realizado pelo Centro Técnico e Cientifico da PUC-Rio <http://www.ctc.puc-rio.br/diferencas-sociais-confirmam-que-pretos-e-pardos-morrem-mais-de-covid-19-do-que-brancos-segundo-nt11-do-nois/> Acesso em 21/06/2020

[32] Foucault, M. Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 306.

que a vida do pobre é colocada no topo da lista daqueles que serão descartados pelo Estado. [33]

3.1 Dos Dados de Mortalidade entre Negros Durante a Pandemia

De acordo com a pesquisa realizada pelo Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde (NOIS), liderado pelo Departamento de Engenharia Industrial do Centro Técnico Científico da PUC-Rio (CTC/PUC-Rio), o número de mortes entre negros e pardos é maior do que o número de mortes registrado entre pessoas brancas.

A disparidade socioeconômica e geográfica influencia diretamente na apuração final desses dados, de acordo com a pesquisa, o número de mortos entre negros e pardos chega a 55%, enquanto entre os declarados brancos não passa de 38%.

Figura 1 - Percentual de óbitos ou recuperados por Raça/Cor

[33] Foucault, M. Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 306.

Outro dado que chama a atenção no levantamento feito pelo NOIS, é o número de mortos e o nível de escolaridade dos atingidos, os números demonstram que o pacientes sem escolaridade, morrem mais que do que os pacientes que possuíam nível superior:

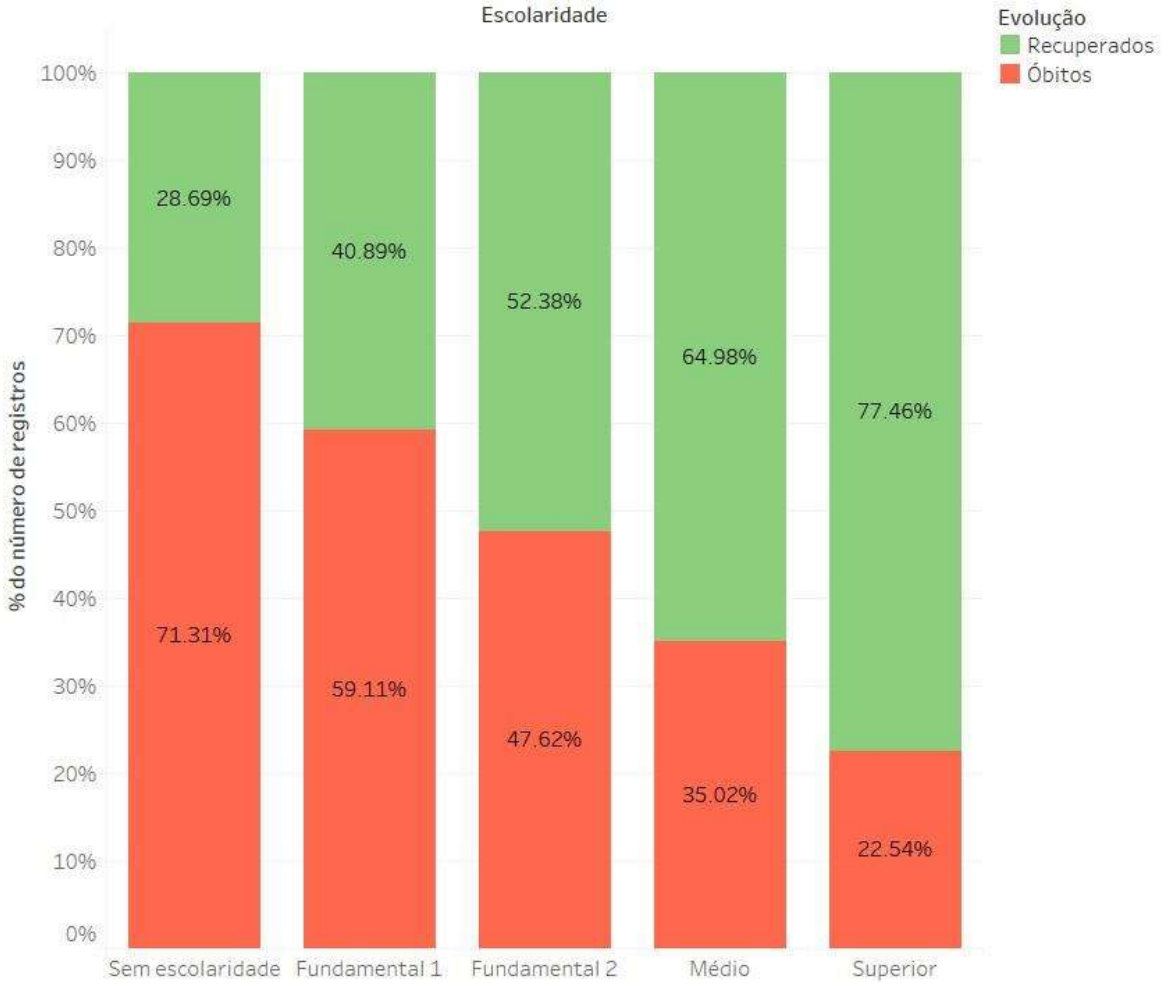


Figura 2 - Proporção de óbitos ou recuperados por nível de Escolaridade do paciente

Quando a uma comparação dos dados, em relação a cor e a escolaridade dos pacientes que chegaram a óbito, a discrepância na porcentagem aumenta mais ainda,

pretos e pardos que não possuem escolaridade, morrem mais. E, ainda que esse nível educacional seja igual, no caso, nível superior, a classe negra ainda lidera o número de mortes:

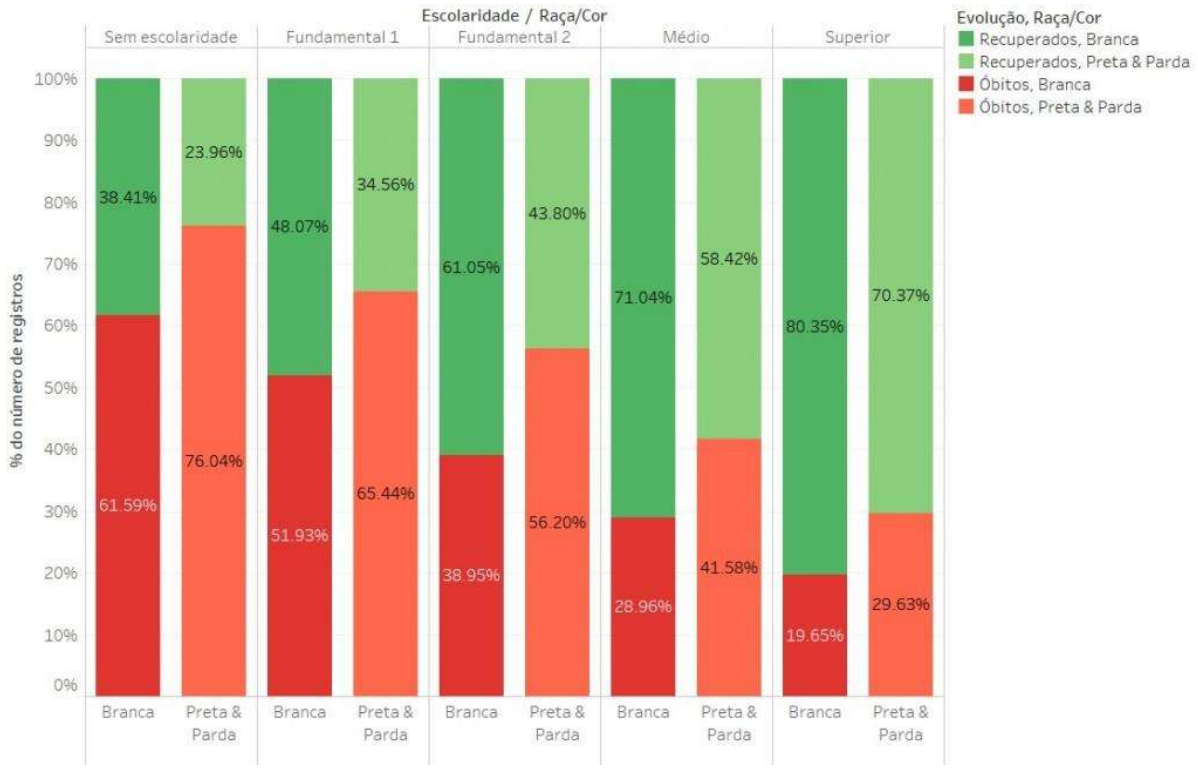


Figura 3 - Proporção de óbitos ou recuperados por escolaridade e Raça/Cor

Da análise dos gráficos, verifica-se que incidência dos óbitos, decorrentes do vírus COVID-19, acomete, em maiores proporções os pacientes negros, quando comparados aos pacientes brancos.

A referida amostragem corrobora com o conceito Necropolítico aplicado na sociedade brasileira, através do desenvolvimento socioeconômico do estado. Isto se nota pela antidemocracia do vírus pandêmico, haja vista que, em que pese a

mortalidade e disseminação dele ocorra de forma igualitária entre os seres humanos, o que tem se observado é que sua mortalidade é seletiva.

Obviamente o alcance mortal do vírus, por sua natureza biológica, não escolhe as mazelas da população. Contudo, fatores históricos e sociais são responsáveis por essas divergências.

Atualmente, o maior número da população negra se concentra nas favelas e bairros periféricos espalhados por todo Brasil. A sociedade suburbana, marginalizada, não tem acesso, de forma efetiva e suficiente, a educação e ao sistema de saúde básico, de tal forma, que, nesses grupos, a situação de calamidade se perpetua de tal forma a tornar, cada vez maiores e discrepantes, as desigualdades em relação a população branca.

Em um levantamento de dados feito pelo Voz das comunidades, através de dados do Ministério da Saúde e da Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, foi possível concluir que, algumas favelas do Rio de Janeiro somam mais mortes por COVID-19 do que o total de óbitos em 15 estados brasileiros:

Estados	Mortes
MS	17
MT	32
TO	42
RR	64
SE	69
DF	77
AC	76
GO	78
PI	87
RO	90
SC	94
PR	137
AP	142
RS	161
RN	170
Favelas do Rio	**172**

Fonte: Ministério da Saúde e Voz das Comunidades

É no interior dessas comunidades, onde se concentra o maior número de negros do Estado do Rio[34], que o vírus ganha maior potencial de contágio, devido às condições insalubres que os moradores são submetidos, haja vista a escassez de água, saneamento básico, coleta de esgoto; dentre outros fatores sociais, que desfavorece a qualidade higiênica de tal população.

Em conformidade a lógica do filósofo Achille Mbembe, a Necropolítica, fundada já no período de colonização, traz, consigo, reflexos estruturais evidenciados até os dias atuais, inclusive, a própria legitimação de tal política de extermínio tem, como alvo, a população negra, pobre e desfavorecida.

A precariedade no fornecimento de infraestrutura básica, saúde e escolaridade, torna a população negra os maiores alvos do COVID-19 dentro da sociedade, esta, guarida por um sistema político social que tem na mão o poder de decidir quem vive e quem morre, ainda, pautado, também, no que se entende por higienismo social.[35]

CONCLUSÃO

[34] Vide https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/526/3/LAViega.pdf e http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2008-12-16/negros-sao-maioria-nas-favelas-segundo-estudo-do-ipea

[35] A política higienista está ligado a ideia de limpeza e urbanização saudável dos grandes centros, conceito esse que visa a equiparação entre as ''classes subalternizadas e as ''classes perigosas''. Episódios famosos como os que envolveram o Cortiço "Cabeça de Porco" (1893) e a Cracolândia (2012; 2017), demonstram como este conceito está ligado a expulsão das classes pobres dos grandes centros e consequentemente a marginalização desses povos, um processo de ''embelezamento urbano'' e abandono, amparados por uma política egoísta do poder público, que visa a mera exclusão e subalternização dos povos miseráveis em prol do bem estar das classes mais abastadas. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/30172/24066> Acesso em 29/07/2020

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise filosófica, gráfica e comparativa, da teoria Necropolítica, desenvolvida por Achille Mbembe, posta em face aos efeitos do Estado Pandêmico atual, ocasionado pelo novo COVID-19, e suas consequências diretas em relação a população negra brasileira. Além disso, também permitiu uma análise de dados, onde foi possível corroborar a ideia central do artigo, apontando os principais fatores que levam à conclusão de que o vírus é sim mais letal a população negra brasileira.

Ao fazermos uma análise histórica a respeito da teoria Necropolítica no âmbito nacional, é possível identificar as raízes podres de um processo abolicionista voltado a anseios políticos, econômicos e jurídicos, e não apenas um processo libertário, dogma esse que ao longo do séculos XIX e XX permitiu que a liberdade dos corpos negros fosse uma moeda de troca e não um direito fundamental, bem como a intenção de cravar a esses povos uma história sangrenta e uma luta árdua pela liberdade e por uma colocação justa em uma sociedade branca e opressora, determinada por uma estratégia bio-necropolítica de branqueamento e derramamento de sangue negro.

Apanhado histórico este, que permite corroborar a temática central desta dissertação. Abandonados à própria sorte, sem estrutura básica ou suficiente de educação, saneamento básico, auxílio financeiro governamental suficiente, os negros são comprovadamente os mais afetados pelos efeitos colaterais do COVID-19, a desigualdade representada neste artigo por números, também salta aos olhos quando nos é apresentado o dia a dia das pessoas que não podem ‘’isolar-se’’ do vírus por falta de opção. A exposição gigantesca e a falta de opção levam ao resultado deste artigo: Os negros morrem 15 vezes mais que os brancos durante a pandemia da SARS-COV-2 no brasil.

Dada à importância do assunto, torna-se necessário o desenvolvimento de políticas sociais integrativas, onde os mais expostos ao vírus possam ter tratamento digno, opção de resguardo, e o mais importante, as mesmas chances de uma pessoa

branca de sobreviver a pandemia, trata-se não só de uma política pública de medidas sanitárias, mas também uma campanha de equiparação social e racial. Nesse sentido a responsabilidade do Estado nessas mortes é integral, pois apenas O Estado tem o poder de prover recursos para um enfrentamento justo e digno a todos.

Os números de contaminados em todo brasil, pelo COVID-19 até o término deste artigo são de 2.483.191, e o número de óbitos pelo vírus é de 88.539.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMA PRETA (São Paulo). **COVID: HÁ MAIS CHANCE DE LETALIDADE ENTRE NEGROS.** Outras Mídias, [S. l.], p. 1, 15 abr. 2020. Disponível em: https://outraspalavras.net/outrasmidias/covid-ha-mais-chance-de-letalidade-entre-negros/. Acesso em: 29 jul. 2020.

BARREIRA, Gabriel. **FAVELAS DO RIO SOMAM MAIS MORTES POR COVID-19 DO QUE 15 ESTADOS DO BRASIL.** G1, RIO DE JANEIRO, p. 1, 21 Maio 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/21/favelas-do-rio-somam-mais-mortes-por-covid-19-do-que-15-estados-do-brasil.ghtml. Acesso em: 29 jul. 2020.

CORRÊA, Murilo Duarte Costa; Vieira, Cainã Domit. **NECROPOLÍTICA DA MEMÓRIA ESCRAVA NO BRASIL PÓS-ABOLIÇÃO.** Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 11, n. 26, p. 368 - 401, jan./abr. 2019.

DIFERENÇAS SOCIAIS: PRETOS E PARDOS MORREM MAIS DE COVID-19 DO QUE BRANCOS, SEGUNDO NT11 DO NOIS. CTC - CENTRO TÉCNICO CIENTÍFICO/PUC-RJ, [S. l.], p. 1, 27 Maio 2020. Disponível em: https://referenciabibliografica.net/a/pt-br/ref/abnt. Acesso em: 29 jul. 2020.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade: A vontade de saber.** Rio de Janeiro, RJ: Paz & Terra, 2014b.

_____, M. **EM DEFESA DA SOCIEDADE.** Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 306.

LIMA, Fátima. **BIO-NECROPOLÍTICA: DIÁLOGOS ENTRE MICHEL FOUCAULT E ACHILLE MBEMBE.** Arquivos Brasileiros de Psicologia; Rio de Janeiro, 70 (no.spe.): 20-33, 2018.

MBEMBE, A. **NECROPOLÍTICA.** São Paulo, sp: n-1 edições, 2018.

_____, A. **POLÍTICAS DA INIMIZADE.** Lisboa: Antígona, 2017.

_____, A. **NECROPOLÍTICA: BIOPODER, SOBERANIA, ESTADO DE EXCEÇÃO, POLÍTICA DA MORTE.** Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MUNIZ, Bianca; PINA, Rute; FONSECA, Bruno. **EM DUAS SEMANAS, NÚMERO DE NEGROS MORTOS POR CORONAVÍRUS É CINCO VEZES MAIOR NO BRASIL.** Pública - Agência de Jornalismo Investigativo, [S. l.], p. 1, 6 Maio 2020. Disponível em: https://apublica.org/2020/05/em-duas-semanas-numero-de-negros-mortos-por-coronavirus-e-cinco-vezes-maior-no-brasil/. Acesso em: 29 jul. 2020.

OLIVEIRA, Wanderson Kleber de et. al. **COMO BRASIL PODE CONTER O COVID-19.** Epidemiol. Serv. Saude, Brasília, 29(2):e2020044, 2020.

ROSSI, MARINA. **População negra vai à Justiça para contar seus mortos por coronavírus e expõe leitura deformada da pandemia.** El País , São Paulo, p. 1, 15 maio 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-15/populacao-negra-vai-a-justica-para-contar-seus-mortos-por-covid-19-e-expoe-leitura-deformada-da-pandemia.html. Acesso em: 29 jul. 2020.

SILVA, Carlos. **COVID-19 E NECROPOLÍTICA NA CONJUNTURA BRASILEIRA.** Boletim de Conjuntura (BOCA), vol. 2, n. 6, Boa Vista, 2020.

REVISTA DIREITO FAE

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA

REMOVAL OF FAMILY POWER AND SOCIOAFFECTIVE MATERNITY

Aline PAYONKI[1]

Sayonara SAUKOSKI[2]

Graciela Cristina Freitas SIMON SOLA[3]

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a relevância da maternidade dentro da filiação socioafetiva e discutir os reflexos do seu reconhecimento no sistema jurídico brasileiro na perspectiva do filho. Devido às mudanças realizadas na sociedade com o passar do tempo, o direito de família demonstrou valor aos laços afetivos existentes entre pais e filhos, começou a reconhecer uma nova modalidade de filiação, a socioafetiva, sendo essa pautada na convivência familiar, na solidariedade, no amor entre pais e filhos, sem que exista necessariamente vínculo biológico ou jurídico entre eles, apresentando-se em diversas situações como nas famílias homoafetivas, anaparental, recombinadas e dentre outras formas. A partir do provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 14 de novembro de 2017, oportuniza-se o

[1] Graduanda desde 2016, cursando o último período do curso de Direito (5 ano - 10 período), faço parte do grupo de Iniciação Científica, já fiz parte do estágio no período de 3 semestres no NPJ do Centro Universitário Santa Amélia - Unisecal - na cidade de Ponta Grossa, Paraná, e-mail: alinepaonki@hotmail.com.

[2] Mestre em Ciências Jurídico-Civilistas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, título validado pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do curso de Direito, desde 2006, professora líder em grupo de Iniciação Científica, orientadora no NPJ e advogada na cidade de Ponta Grossa, Paraná, e-mail: sayosau@hotmail.com.

[3] Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos em parceria com o Centro de Ensino Superior do Campos Gerais (2003). Advogada na Kuhn e Berger Advogados Associados S/C, Ponta Grossa. Professora de graduação do curso de Direito, desde 2007, na cidade de Ponta Grossa, Paraná, e-mail: graci_simon@yahoo.com.br.

reconhecimento do filho socioafetivo diretamente em Cartório, ou seja, independentemente de sentença judicial, representando grande avanço para pais e filhos socioafetivos. Desta forma, o reconhecimento da filiação socioafetiva gera efeitos pessoais e efeitos que vão além da relação entre pais e filhos, como no caso do reconhecimento aos direitos da personalidade, convivência familiar baseada no afeto e outros. A criação da Lei n° 11.924/2009 autorizou o acréscimo do nome da família do padrasto ou madrasta no registro de nascimento do enteado ou a enteada se ocorrer concordância das partes, sendo esse um reflexo que a filiação socioafetiva ocasionou na legislação. Com o reconhecimento formal desse tipo de filiação formada sem vínculo biológico, com base em laços sentimentais de amor e afeto existente na prática, surge a necessidade urgente de tutela jurídica sobre os direitos e deveres aplicáveis a essa relação interpessoal. Concluiu-se que a doutrina jurídica tem reconhecido as novas configurações de família com base nas relações socioafetivas, sendo base para decisões referente ao direito nesse âmbito, se pautando em princípios constitucionais como igualdade, dignidade da pessoa humana e direito a personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Destituição do Poder Familiar. Direito Personalíssimo. Família Socioafetiva. Maternidade.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the relevance of maternity within socio affective affiliation and discuss the consequences of its recognition in the Brazilian legal system from the perspective of the child. Due to the social changes made in society over time, Family Law has shown value to the affective bonds existing between parents and children began to recognize a new mode of affiliation, the socio affective, being that affiliation based on family life, solidarity, love between parents and children, without necessarily having a biological or legal bond between them, it is presented in various situations such as homossexual, anaparental, recombined families and among other forms. From the 63rd sentence of the National Council of Justice (CNJ) of November 14, 2017, it provides the recognition of the socioaffective child directly in the Registry Office, that is, regardless of judicial judgment, being a great advance for parents and socioaffective children. The recognition of socio affective affiliation generates personal effects and effects that go beyond the relationship between

parents and children, as in the case of the recognition of personality rights, affection-based family life and others. The creation of Law No. 11,924 / 2009 authorized the addition of the name of the stepfather or stepmother family in the birth registration of the stepson or stepdaughter if agreement of the parties occurs, which is a reflection that the socio affective affiliation caused in the legislation. Socio affective maternity has been a direction that has been gradually taken by the rights operators in order to give affection to all existing effectiveness bonds within the family.

It was concluded that the legal doctrine has recognized the new family configurations based on socioaffective relationships, being the basis for decisions regarding the law in this area, based on constitutional principles such as equality, dignity of the human person and right to personality.

KEYWORDS: Dismissal of Family Power. Socio Affective Family. Very Personal Law.

INTRODUÇÃO

O Direito de Família, ao longo dos tempos, vem sofrendo modificações significativas quanto à noção da paternidade/maternidade, antes formada exclusivamente pelo estilo patriarcal sob o poder do pai como chefe de família e com caráter sacramental do casamento. Atualmente, pode-se afirmar que a família é titular de princípios constitucionais que suprem a característica da real convivência familiar.

Para doutrinadores como Paulo Luiz Netto Lôbo, Maria Berenice Dias, Carmela Salsamendi de Carvalho e outros, a base fundamental do meio social é a família baseada na ideia de união por laços fraternais e solidários, e onde é possível se resolver qualquer conflito existente - conceitos que demonstram que famílias de convivência amorosa e afetuosa são capazes de vencer tabus e preconceitos.

Desta forma, o Direito de Família precisou acompanhar as transformações da sociedade e defender o seu propósito maior, que é o de manter a integridade da pessoa humana no seu meio familiar e social. A partir disso, iniciou-se uma importante

e fundamental reflexão sobre as alterações no texto legal do Código Civil de 2002, baseada em uma estrutura cercada de princípios humanos que acompanham a realidade social, que está em constante mudança.

Aborda-se, por meio de estudiosos e defensores como Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo e outros, a importância da maternidade socioafetiva ou biológica, duas espécies que coexistem na sociedade, ambas geradoras de laços afetivos. A partir dessas duas realidades busca-se o claro entendimento da distinção entre filiação e conhecimento ao direito da personalidade inerente aos indivíduos envolvidos nessa relação jurídica.

Nas transformações do meio familiar ocorreu uma mudança de paradigma, que o antigo Código Civil de 1916 utilizava a expressão "pátrio poder", já que o poder era exercido exclusivamente pelo pai, hoje, o poder familiar, está conceituado como um conjunto de responsabilidades e deveres inerentes aos pais e filhos. Preceitua Silvio Rodrigues citado por Maria Berenice Dias (2010, p. 416) “a expressão ‘poder familiar’ é nova”. Assim, ocorrerão sanções, caso este poder seja efetivado de uma forma irregular ou equivocado, o Estatuto da Criança e Adolescente, instituído pela lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, surge para auxiliar e exemplificar quais são esses direitos, deveres e responsabilidades entre pais e filhos.

No decorrer serão demostrados com expressividade as possibilidades de destituição do poder familiar, sendo esse, uma sanção para os genitores que não cumprem com seus deveres e responsabilidades com seus filhos.

Portanto, o objetivo do presente trabalho é analisar a relevância da maternidade dentro da filiação socioafetiva e discutir os reflexos do seu reconhecimento no sistema jurídico brasileiro na perspectiva do filho e as possibilidades de a destituição ocorrer.

Abordar à temática família perpassa a sua importância, sendo esta base da sociedade, é um instituto que sofreu e sofre constantes transformações, adaptando-

se sempre a cada época. E em meio a esse desenvolvimento, percebe-se que o direito recebe novas formas de interpretação e novos posicionamentos, fenômeno esse que vem sendo adotado em várias decisões sobre as relações entre pais e filhos. E o estudo do tema mostrará a importância do reconhecimento da filiação socioafetiva gerando efeitos, como no caso do reconhecimento aos direitos da personalidade, convivência familiar baseada no afeto e outros aspectos.

Para atingir o objetivo proposto o artigo divide-se em quatro partes. Na primeira, intitulada "Família: da consanguinidade a socioafetividade" demonstrando a transformação na estrutura social e familiar e as alterações legislativas da biológica para afetividade. Na segunda parte, intitulada "Família: relação pais e filhos - direitos e deveres", é exposto sobre o quais são os direitos e deveres referentes aos pais e filhos. Na terceira parte intitulada "Possibilidades de destituição do poder familiar", são apresentados brevemente quais são as formas de sanções aplicadas aos genitores em casos de condutas inadequadas em desfavor ao filho. E por fim a última parte intitulada "Maternidade socioafetiva por adoção em substituição a maternidade consanguínea em face da destituição do poder familiar" onde está analisado o cumprimento favorável da adoção por meio da maternidade socioafetiva em casos que ocorram à destituição do poder familiar, visando o melhor interesse da criança/adolescente. A pesquisa foi realizada por meio da análise documental, que inclui a legislação e a jurisprudência, análise bibliográfica e doutrinária numa perspectiva qualitativa.

1 FAMÍLIA: DA CONSANGUINIDADE A SOCIOAFETIVIDADE

O termo família deriva do latim *famulus*, que tem o significado de "escravo doméstico". Criado na Roma Antiga para novos grupos sociais que foram introduzidos

à agricultura e escravidão legalizada nas tribos latinas, o significado do termo foge à ideia dos dias atuais.

Para a Sociologia, geralmente, a família é o primeiro ambiente de socialização do sujeito individual, e por diversos fatores esse se torna um grupo social distinto dos demais.

Sob o aspecto jurídico, segundo Francisco do Amaral (1999, p. 331) *"família é o conjunto de pessoas ligadas pelo casamento, pela união estável ou pelo parentesco, decorrente esta da consanguinidade ou da adoção, ou ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".*

Nesse viés, identifica-se que foram incluídas na sociedade novas estruturas de família, que não somente constituídas peal consanguinidade, como nos séculos passados, em que era aceita apenas a filiação biológico-consanguínea ou então por adoção.

Os modelos familiares do início do século XX tiveram como base uma sociedade conservadora que era predominantemente patriarcal, patrimonial e matrimonial. No homem, era centrada a figura do "chefe de família", o líder e responsável pela tomada das decisões tutelada pelo Código Civil de 1916. A formação do núcleo familiar era voltada somente ao casamento, não sendo admitida outra forma de constituição familiar. Não havia em hipótese alguma a união estável. O casamento entre homens e mulheres não se dava pela afeição entre as partes, mas sim pelas escolhas dos patriarcas, com o interesse de aumentar o poder e o patrimônio de suas famílias. (DIAS, 2015, p. 143)

Em suas publicações, Dias (2016; 2017), aponta que a família era reconhecida como uma instituição, com rígidas regras de tutela da ordem pública regulando sua celebração, anulação e desconstituição. Era uma visão extremamente discriminatória, onde a indissolubilidade do casamento era regra. No decorrer do tempo começaram a existir variadas formas de famílias apresentadas na sociedade,

que foram sofrendo inúmeras modificações ao longo da história. Porém, o Código Civil de 1916 protegia apenas a família legitimada pelo casamento.

O surgimento de novos paradigmas, a mudança na realidade do Brasil, e as mudanças nos costumes desencadearam uma transformação na estrutura social e familiar e as alterações legislativas foram perceptíveis e muito expressivas, a exemplo do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) que atribuiu plena capacidade à mulher, pois garantia a ela a propriedade dos bens adquiridos com seu trabalho e a Lei do Divórcio (EC 9/1977 e lei 6.515/1977) que, como aponta Dias (2007, p.30), *"acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada"*. As transformações sociais atingiram diretamente o núcleo familiar originando novas concepções de família, que não são mais equiparadas à tradicional família patriarcal, porém a realidade social nem sempre caminha junto com o sistema jurídico.

Em 1988 foi promulgada a Constituição Federal com a premissa de regular e pacificar os conflitos e interesses de grupos que integram uma sociedade e assim iniciou-se uma nova maneira de agir em relação aos conflitos existentes na sociedade. Segundo Dias (2007, p.30-31) *"a partir de sua entrada em vigor instaurou-se a igualdade entre homem e mulher e o conceito de família foi elastecido protegendo agora todos os seus integrantes e ainda tutela expressamente além do casamento a união estável e a família monoparental"*.

A Constituição Federal de 1988 (CF) define família como:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado.
> § 1º o casamento é civil e gratuita a celebração.
> § 2º o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
> § 3º para efeito da proteção do estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (regulamento)

> § 4º entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Além do formato de casamento já existente, como demonstrado anteriormente, com a Constituição Federal surge a união estável, considerada como uma relação de convivência entre duas pessoas, que é duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir uma família. A união estável é considerada uma família informal, sendo de casais heteroafetivos ou homoafetivos, com o ímpeto de constituir família sem a necessidade de uma comunhão civil como indicam o art. 1723 do Código Civil, o Informativo 486 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Informativo 625 do Supremo Tribunal Federal (STF), Resolução 175/13 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Enunciado 601 da VII Jornada de Direito Civil.

Surgem também novos modelos como a família monoparental constituída com um dos genitores e seu filho (exemplo: pai que vive com os filhos - art. 226, § 4º, CF) e a família anaparental constituída pela convivência entre pessoas com identidade e propósito baseada no afeto sem contar com pai e nem mãe (exemplo: irmãos idosos que vivem juntos, Enunciado 117, STJ, art. 226, § 4º, CF).

Todos estes modelos estão presentes na Constituição Federal e se formam através dos laços afetivos e não apenas sanguíneos e a partir disto discute-se a questão afetiva entre pais e filhos, nunca comentada antes. Com todas essas mudanças advindas pela Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916 estava atrasado em relações às alterações de família que já estava surgindo na sociedade, precisando ser alterado principalmente por não se pautar pela dignidade humana, que vinha sendo muito comentada.

Com isso, é inevitável reconhecer como tutela jurídica o afeto como um sentimento que resiste ao tempo, onde as pessoas assumem publicamente seus relacionamentos. Desta forma, o conceito de família se desatrelou do conceito de casamento tradicional e patriarcal, iniciando novas figuras familiares baseadas na

afetividade em detrimento das relações que priorizavam os laços biológicos. Nestes modelos, a família se constitui mais no diálogo e no afeto e na afinidade.

O Código Civil de 2002 (CC) aponta no artigo 1595 que *"cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade"*. A partir disso, surge o princípio da afetividade que autorizou e deu sustentação a construção da teoria da parentalidade socioafetiva, e permite compreender e considerar a família para muito além dos laços jurídicos e de consanguinidade (PEREIRA, 2015, p. 14).

Conforme Fachin (1996), a verdade sociológica da filiação é construída, não dependendo da descendência genética. A partir do momento em que essa concepção de parentalidade ganhou contornos jurídicos claros e se afirmou a viabilidade de sua aplicação no âmbito da dogmática civilista, nasceu um novo paradigma da filiação.

Desta maneira podemos afirmar que existem duas espécies de maternidade socioafetiva, a maternidade biológica e a não biológica. Nas duas situações o que prevalece é o afeto, o amor, os laços afetivos. Os termos pai e mãe agora são considerados aqueles que participam efetivamente na formação e desenvolvimento da criança e/ou adolescente e não somente mais os que têm ligação biológica, e o termo genitores os que fornecem o material biológico para a fecundação. (DIAS, 2015, p. 405).

Como afirma Welter (2003), a família socioafetiva transcende os mares do sangue. A verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independentemente da origem biológico-genética. Pais são aqueles que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo. Esse vínculo, por certo, nem a lei nem o sangue garantem. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência, e não do sangue. Todos os pais sendo biológicos ou não precisam estabelecer entre eles um vínculo de filiação socioafetiva, pois quem está

em evidência é a criança/adolescente, que necessita de atenção, carinho, amor, dedicação, além de benefícios materiais.

O sistema brasileiro já era de direito oficial reconhecer um filho pelo Poder Judiciário, por sentença judicial, a paternidade ou maternidade socioafetiva, baseando-se no afeto como exposto ao texto, sendo pai ou mãe aquele que participa ativamente, que reconhece a criança como seu filho, àquele que aceita dar todo suporte psicólogo e material para com a criança. Contudo, a partir do provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 14 de novembro de 2017, oportunizou o reconhecimento do filho socioafetivo diretamente em Cartório, ou seja, independentemente de sentença judicial, sendo um grande avanço para pais e filhos socioafetivos.

O artigo 14º do texto do Provimento diz que *"o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento".*

Com isso, o Provimento impossibilitou a incidência no campo "filiação" do pretendido filho, a consignação de duas mães e/ou de dois pais, que ocorre em sentindo contrário ao Judiciário, onde é admissível.

Um ponto importante neste provimento é o art. 15º *"o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica"*, pois são dois temas distintos e consolidados pelo Poder Judiciário brasileiro, sendo uma lesão grave aos direitos da personalidade do indivíduo vedar a sua origem genética, atingindo sua dignidade, que por fim a decisão de não ter sua origem genética deve ser do próprio individuo quando capaz disso. É o que se observa na jurisprudência de consolidação do reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva no Poder Judiciário brasileiro (Apelação Cível Nº 70064909864, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça

do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 16/07/2015, com parecer de Provimento ao Apelo).

Não é aceitável o ato de reconhecer apenas a meia filiação ou filiação parcial, ela deve ser integral, para resguardar o direito do filho a sua personalidade, dignidade, igualdade, identidade, desta forma se torna um princípio absoluto e inarredável para o melhor interesse da criança.

Vale destacar que na relação familiar, quando há rupturas ou separações as relações socioafetivas entre criança e responsáveis (indiferente de gênero) deve ser preservada a fim de não ocasionar prejuízos no desenvolvimento da criança, seja nos aspectos psicológicos e/ou sociais. Desta maneira, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresentou um acordão relacionado às visitas com vínculo afetivo.

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE ACORDO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MÃE SOCIOAFETIVA. CUMPRIMENTO DAS VISITAS. MENOR. MANUTENÇÃO. O direito de visitação não pode ser abrigado só em razão do acordo judicial, pois decorre, em verdade, não de vínculo parental biológico, mas do (inequívoco) vínculo parental socioafetivo entre a autora e a criança, já reconhecido, aliás, no agravo de instrumento que fixou as visitas, antes do pacto judicial. Ademais, não há, nos autos, comprovação de que o convívio entre o infante e a autora possa trazer prejuízo ao menor, pois, embora determinada avaliação psicológica, e nomeada profissional, a demandada deixou de efetuar o pagamento. Nesse contexto, não havendo, no feito, comprovação de resistência do menor quanto ao convívio com a autora, e nem mesmo que este convívio possa trazer prejuízo ao infante, e apenas resistência da mãe biológica, após a separação da companheira, em manter a visitação ao infante, não há como ser obstaculizada a visitação avençada. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70057350092, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 11-06-2014).

As relações socioafetivas devem ser preservadas, para o melhor interesse do menor e dos pais, por isso o Tribunal manteve as visitas entre a criança/adolescente e a mãe socioafetiva, mesmo tendo a resistência da mãe biológica.

2 FAMÍLIA: RELAÇÃO PAIS E FILHOS - DIREITOS E DEVERES

Adentrando as relações familiares, seja qual for sua origem ou constituição, estas vêm arraigadas de direitos e deveres inerentes ao seu papel diante a sociedade e a si mesma como núcleo de formação e desenvolvimento da pessoa humana, devendo a este a preservação e efetividade de direitos e deveres, os quais são fundamentais para desenvolvimento saudável.

Considerando artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n° 8.069/90:

> Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.
> Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

A referida Lei possibilita a compreensão de que é válido na conjuntura familiar não a sua origem e sim os vínculos de afinidade e afetividade que são nela estabelecidos, sendo ambiente em que a criança ou adolescente convive.

No que se refere à relação de parentesco, esta se constitui entre pais e filhos em linha reta, gerando o estado de filho, entende-se por filiação, no latim *filiatio*, como vínculo de parentesco que une os filhos aos pais. Porém, como apresentando

anteriormente, ocorreram grandes transformações no decorrer dos séculos, trazendo outras formas de filiações e não somente a que decorre unicamente da consanguinidade.

Todo indivíduo/pessoa pode ser sujeito de direitos e obrigações perante a lei, desta forma, o indivíduo passou a ser de fundamental importância para o ordenamento jurídico e gerar os direitos fundamentais de primeira dimensão (direito à vida, à liberdade, à propriedade, entre outros). O conceito de pessoa e personalidade estão estreitamento ligados, uma vez que toda pessoa possui personalidade jurídica para adquirir seus direitos e obrigações.

O artigo 227 da CF assegura à criança/adolescente garantias fundamentais:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O ECA é outro preceito legal para proteção integral à criança e ao adolescente, é a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, no seu artigo 22 enfatiza que:

> Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
> Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Desta forma, ocorre uma aliança entre os três (pais, sociedade e Estado), com papéis fundamentais, pois família é o alicerce maior para o desenvolvimento da criança/adolescente, a sociedade sendo o suporte através de meios que auxiliem a família e o Estado promovendo atividades, programas que permitam todo o desenvolvimento, os três necessitam estar em sintonia para ocorrer da melhor forma a assistência integral, conforme artigo 227, § 1° da Constituição Federal.

Diferentemente das décadas passadas, em que as relações familiares eram restritas aos laços biológico-consanguíneos, sendo reconhecida a familiaridade por meio de comprovação de laços sanguíneos, quando só eram considerados filhos detentores de direitos patrimoniais e sucessórios aqueles concebidos nas relações matrimoniais, denominados “filhos legítimos”. Por sua vez aqueles concebidos fora eram considerados como ilegítimos, portanto, não gozando dos mesmos direitos, atualmente há reconhecimento das relações afetivas e o campo jurídico tem abarcado essas novas relações.

Como referência traz o parágrafo 6º do artigo 227 da CF, dispõe que, *in verbis*: *"Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação"*.

Os arts. 20 e 26 do ECA tratam sobre os mesmos direitos, qualificações e reconhecimentos de filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, proibindo qualquer discriminação nesta filiação.

Desta maneira, seja qual for a origem da filiação, a doutrina e a norma contemplam o direito ao nome sendo personalíssimo. De acordo com o artigo 27 do ECA, *“o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível”*, e a teoria de Peces-Barba (1995, p.109) diz que *“pode-se considerar que o nome é uma pretensão moral justificada, por facilitar a autonomia e*

independência do indivíduo" ao atribuir-lhe um sinal distintivo dos demais membros de uma sociedade, que o caracterize e identifique, e generalizável, uma vez que todas as pessoas podem/devem ter um nome.

Assim, é importante reconhecer o direito ao nome ou a outros direitos pelo reconhecimento da filiação socioafetiva e não apenas da consanguinidade. Esse reconhecimento produz os mesmos efeitos, pessoais e patrimoniais, do parentesco biológico, tanto para os pais, quanto para os filhos. Portanto, aos filhos estão assegurados os direitos como o recebimento de pensão alimentícia e a convivência familiar, entre outros, e aos pais o mesmo vale para questões como guarda e direito de visita.

A jurisprudência abrange entendimentos relacionados ao tema correlatado:

> Apelação cível. retificação de registro civil. INTERESSE DE AGIR. POSSIBILIDADE DE REQUERIMENTO DE RETIFICAÇÃO DE NOME POR MENOR DE IDADE, DESDE QUE REPRESENTANDO POR SEUS PAIS. DIREITO DA PERSONALIDADE. POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO. inclusão do sobrenome materno. possibilidade. ausência de prejuízo a terceiros. SOBRENOME QUE TEM POR FINALIDADE INDIVIDUALIZAR A PESSOA E IDENTIFICAR A SUA ORIGEM FAMILIAR. flexibilização do princípio da imutabilidade. recurso provido.
>
> A normativa civilista prevê a capacidade de direitos e deveres desde o nascimento com vida e, sendo o nome um direito da personalidade, há interesse de agir do menor para pleitear a retificação de seu nome.
>
> Em que pese a imutabilidade do nome civil, composto pelo prenome e nome de família, ser regra no direito brasileiro, tanto a legislação quanto doutrina e jurisprudência admitem situações nas quais, observado o caso concreto, a alteração do nome deve ser admitida.
>
> A inclusão de sobrenome, paterno ou materno, decorre da própria origem familiar, constituindo a externalização de um dos aspectos de sua personalidade, vinculada à sua estirpe familiar, o que constitui motivo suficiente para autorizar a retificação do registro civil de nascimento, visto a

> personalidade subjetiva ser objeto de tutela do ordenamento jurídico. (TJPR - 18ª C. Cível - 0002348-88.2018.8.16.0179 - Curitiba - Rel.: Desembargador Marcelo Gobbo Dalla Dea - J. 16.03.2020).

A premissa se baseia nos princípios da dignidade da pessoa humana e preconizado o ECA, sempre priorizando o melhor interesse da criança, observando, esta pessoa em formação, construindo-se uma bagagem cultural, ideológica, cultural, moral, religiosa, psicológica e afetiva que expressam primeiramente no seio familiar.

Neste processo deve-se analisar a formação de vínculos afetivos, além do consanguíneo, como exigência básica na identidade individual, familiar e futuramente também social, em que será expresso um conjunto de elementos cognitivos, emocionais e culturais que formaram a personalidade do indivíduo, que estarão diretamente vinculados à felicidade, ao bem-estar e à dignidade humana.

3 POSSIBILIDADES DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

O Poder Familiar está previsto em nosso ordenamento jurídico, configurado como o conjunto de responsabilidades e deveres inerentes aos pais em relação à pessoa e bens de seus filhos menores de idade, ou não emancipados, com intuito de assegurar-lhes um bom desenvolvimento. Paulo Lobo (2011, p.295) conceitua o termo citado:

> O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária — voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos — para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres.

Diferentemente da concepção de “pátrio poder”, que sintetiza relações pautadas no direito absoluto e ilimitado da figura masculina nas organizações familiares, o “poder familiar” amplia a igualdade entre homens e mulheres nas decisões relativas aos direitos e deveres familiares.

Confirma a CF que efetivou a participação feminina no Poder Familiar, assegurando que homens e mulheres devem desempenhar este poder, garantindo aos filhos menores de idade um bom desenvolvimento. Conforme artigo 5° e 226, § 5°:

> Art. 5˚, [...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.
> Art. 226, § 5˚ [...] Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O artigo 227 da CF também menciona sobre as responsabilidades da família, sociedade e Estado, como exemplificado no capítulo anterior, além do ECA, acompanhou todas as mudanças e transformações das relações familiares, incumbiu a ambos os pais o dever de assegurar aos filhos menores de idade o sustento, guarda, educação, dentre outras responsabilidades.

O ordenamento jurídico oferece um conjunto de prerrogativas, ou seja, poderes aos genitores, para que cumpram o dever legal que lhes é estabelecido. Segundo conceituação de Maria Helena Diniz (2014, p.617), poder familiar é o:

> Conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

A titularidade do poder familiar versa sobre ambos os genitores, igualitariamente, mesmo que seu exercício possa se materializar na conduta de apenas um deles. Havendo desacordo, gerando conflitos, atribui-se ao juiz a solução, verificando sempre o interesse da prole, de acordo com art. 1631 do CC.

Desta maneira, o poder familiar não se altera com a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável, que geram efeitos no âmbito da guarda (art. 1632, CC). E ao filho havido fora do casamento, este ficará sob o poder do genitor que o reconheceu, ou se ambos o fizeram àquele que demonstrar melhores condições de exercer a guarda sobre ele (art. 1633, CC). Assim, como demonstrado nos títulos anteriores não mais se faz distinção quanto aos filhos legítimos, ilegítimos ou adotivos (arts. 1596 e 1630 CC).

As características do poder familiar estando no direito de família puro, é irrenunciável (não pode ser abdicado pelos pais), inalienável ou indisponível (porque não pode ser transferido a terceiros) a título oneroso ou gratuito, imprescritível (dele não decaem os genitores pelo fato de não o exercerem), apenas perdendo-o na forma da lei. As obrigações são consideradas personalíssimas.

O Estado estabelece normas para seu exercício, limitando-o no tempo e restringindo o seu uso e os direitos dos pais, para evitar o abuso dos mesmos, considerando seu bom desempenho.

Na ausência do Poder Familiar, por suspensão ou destituição, conforme artigo 24 do ECA *"a perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22".*

A criança/adolescente não pode ficar desassistido, tem o direito de ser criado pela sua família natural ou por uma família substituta, de forma excepcional, de acordo com *caput* do art. 19 do ECA.

Como citado anteriormente, o poder familiar é a função típica designada aos pais, para que estes correspondam com uma assistência digna aos seus filhos, devendo durar até atingirem a maioridade. Mas, existem três formas de sanções (suspensão, extinção ou destituição) aos pais perante a lei sobre condutas inadequadas aos filhos, não serão de forma punitiva, apenas busca desta maneira resguardar a dignidade e os interesses de seu filho.

A primeira trata da suspensão do poder familiar, quando houver a inexistência de fato compatível com o exercício do poder de família, podendo gerar até mesmo a perda de este poder. É uma sanção aplicada aos pais pelo juiz em caso de infrações genéricas, de menor gravidade. Poderá ser parcial ou total, sendo escolhida pelo magistrado, esta sanção será aplicada a um dos pais e o exercício do poder familiar então se concentrará no outro. Está disposto nos arts. 155 aos 163 do ECA, o rito para a suspensão. No art. 1.637 CC, dispõe que:

> Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo Único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Logo, conforme disposto no parágrafo único do referido artigo, são três as hipóteses de suspensão do poder familiar: a ruína dos bens dos filhos, o descumprimento dos deveres inerentes aos pais, à condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Tem como objetivo a proteção ao desenvolvimento pleno do menor e sua segurança material, assim, os seus efeitos perduram somente até o momento que se

mostre necessário, o seu caráter é temporário e se recupera com o desaparecimento da causa de suspensão.

A segunda refere-se à extinção do poder familiar, que acontece na maioria das vezes de forma natural, ou seja, são causas que advém da própria natureza, visto que não dependem necessariamente de um ato dos pais para que surtam seus efeitos. No ordenamento jurídico brasileiro foram incluídas outras formas de extinção do poder familiar, presentes no art. 1.635 do CC:

> Extingue-se o poder familiar:
> I - pela morte dos pais ou do filho;
> II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;
> III - pela maioridade;
> IV - pela adoção;
> V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

A morte dos pais ou do filho, com a morte de ambos os pais, deixa-se de existir os titulares do direito, deverá ser nomeado um tutor, a fim de que represente o menor nos atos de sua vida civil. No caso de morrer apenas um dos pais, o poder parental passa a ser exercido pelo que vive. Já a morte do filho faz desaparecer a razão de ser do instituto, que é a proteção do menor.

Emancipação é no caso dos pais vivos, ambos deverão concedê-la em razão do poder parental que deve ser exercido em condições de igualdade pela mãe e pelo pai. Quando a discordância entre os pais é assegurada ao filho o direito de acionar o Poder Judiciário. Salvo em casos se emancipe pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior, pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, tenha economia própria aos dezesseis anos completos e ao se casar, ainda que este

se torne viúvo ou se divorcie. A maioridade também extingue o poder familiar em razão da capacidade civil ser atingida com essa idade (18 anos).

A adoção extingue o poder familiar na pessoa da mãe ou pai natural, o transferindo ao adotante, pois seria inadmissível sua conservação, estando o menor legitimamente sob o poder do outro. A morte do adotante não restaura o poder familiar dos pais biológicos, torna-se o menor órfão.

Por sua vez, a terceira sanção é a destituição ou perda do poder familiar é causa de extinção do poder familiar por decisão judicial (art. 1.635, inciso V, CC) e decorre de faltas graves que configuram ilícitos penais, sendo crimes de maus tratos na modalidade de castigos imoderados, crime de abandono material e intelectual, crimes de natureza sexual ou conduta inconveniente na modalidade de prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, e reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar.

A carência ou falta de recursos materiais não caracteriza, por si mesmo, motivo para suspensão ou perda do poder familiar, pois deve o menor ser incluído em programas sociais de auxílio, conforme dispõe o ECA em seu art. 23, § 1° e § 2º:

> A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder, poder familiar . (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.
> § 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016).
> § 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. (Redação dada pela Lei nº 13.715, de 2018).

Os legitimados para a ação são o Ministério Público ou quem tenha legítimo interesse e as regras procedimentais são redigidas pelo ECA, a suspensão poderá ser decretada liminar ou incidentalmente, ficando assim, o menor, confiado a pessoa idônea (art. 157 ECA) e a sentença que decreta a suspensão ou a perda será registrada à margem do registro de nascimento, tendo a perda caráter permanente.

A não proteção aos menores enseja não apenas na área cível, com a destituição do poder familiar, mas também na área criminal, quando levamos em consideração o fato do poder familiar ser irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível.

Dar-se-á a extinção do poder familiar por decisão judicial nas causas enumeradas no art. 1.638 do CC:

> Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
> I - castigar imoderadamente o filho;
> II - deixar o filho em abandono;
> III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
> IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
> V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.
> Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:
> I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018).
> a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
> b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;
> II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou

> discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Verifica-se, portanto que deverão ser evitadas quaisquer agressões físicas ou psíquicas, pois o exercício do poder familiar deve dar condições ao pleno desenvolvimento da personalidade do menor, dar a devida assistência moral e material e o cumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos.

Há um importante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais sobre o tema:

> CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. AGRESSÕES FÍSICAS E ABANDONO DO MENOR PELA SUA GENITORA. COMPROVAÇÃO. DESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO PROVIDO. Restando demonstrado nos autos que a genitora do infante o agride fisicamente, bem como verificado o seu abandono, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, levando-se em conta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da máxima proteção à criança e ao adolescente. (TJ-MG 102900705050590011 MG 1.0290.07.050505-9/001 (1), Relator: MARIA ELZA, Data de Julgamento: 07/05/2009, Data de Publicação: 26/05/2009).

Nesta decisão, a Relatora enfatiza que a destituição do poder familiar é algo sério, não envolve apenas a questão de amor, afeto, atenção, cuidados, responsabilidade e compromisso dos pais para com os filhos, a questão da agressividade física dos pais em relação aos filhos, causam não apenas danos físicos como também psicológicos no menor. Assim, deu seu voto favorável à destituição do poder familiar da mãe, pois esta faltou com os pressupostos do poder familiar.

A destituição do poder familiar retira a total responsabilidade dos pais sobre os filhos, e a reverte para o Estado ou para outra família, em casos de adoção, uma

vez que a criança ou adolescente têm protegido por lei, a sua integridade física e psíquica, por isso o dever de proteger é somente daqueles responsáveis por dar atenção, educação, guarda, orientação e afeto, por isso ter um filho exige responsabilidade, planejamento, renúncias e muito amor ao próximo.

4 MATERNIDADE SOCIOAFETIVA POR ADOÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A MATERNIDADE CONSANGUÍNEA EM FACE DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

A filiação socioafetiva poderá ser analisada de maneira simples e ampla, como “a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos”, tecnicamente, refere-se a uma relação de parentesco em linha reta, de 1° grau, por consanguinidade ou outra origem (arts. 1.591 e 1.593 do CC). Mas, essa relação entre pais e filhos pode se assentar principalmente em três vertentes: jurídica, biológica ou socioafetiva. Maria Cristina de Almeida citada em Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p.99) expõe que:

> A paternidade no Direito de Família contemporâneo apresenta distintas faces que, nem sempre, se encontram interligadas em uma mesma relação jurídica: a paternidade jurídica ou presumida (dado legal - imposto pela ordem jurídica), a paternidade científica ou biológica ou genética (dado revelado ou conquistado pela medicina genética) e a paternidade socioafetiva (dado cultural ou histórico, construído em conformidade à ordem axiológica de uma determinada época).

No meio jurídico, as filiações biológicas e jurídicas já estão consagradas, mas, em contrapartida, a filiação socioafetiva é uma visão jurídica com caráter inovador,

desenvolvida e sustentada pelas jurisprudências e doutrina, sem previsões expressas na legislação brasileira.

Esta filiação chamada socioafetiva formada por laços afetivos entre pais e filhos, construídos no dia a dia da convivência familiar. Desta maneira, observa-se a grande mudança que ocorreu com o passar do tempo, demonstrando a importância de compreender que existe uma filiação baseada no princípio da afetividade, sendo o principal sentimento o afeto entre pais e filhos.

A Assistente Social Denise Duarte Bruno citada em Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p. 107), entende como adequado usar o termo parentalidade socioafetiva, por existir duas figuras que podem estar relacionada a esta filiação, a paternidade sociafetiva e a maternidade sociafetiva, que anteriormente era vista com mais frequência à primeira, mas na atual época a segunda opção está em grande evidência e neste texto será a mais acentuada, sendo a mãe socioafetiva.

A definição de maternidade para Carmela Salsamendi de Carvalho (2012) está sujeita a conceitos de um vínculo socioafetivo, construído na convivência familiar com atos de carinho e amor, de olhares, cuidados, preocupações, responsabilidades e participações diárias. O papel de mãe é investido naquela que de forma íntima troca fraldas, dá-lhe comida, brinca, passeia, auxilia nas lições da escola, leva ao médico e entre outras maneiras do dia a dia.

Para Rodrigo da Cunha Pereira citado em Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p. 108), a definição maternidade ou paternidade está ligada, justamente na função de mãe ou pai exercida no convívio familiar: *"O que é essencial para a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe"*. A filiação é também definida por aquele que estabelece laços de maternidade socioafetiva, que lhe dá o nome de família, que o trata como filho, cuida quando está doente,

independente de existir um vínculo biológico. Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva (2009, p.357) descrevem a filiação como:

> Uma relação construída, quotidianamente, e exige de seus membros um agir positivo, um comportamento qualificado pela existência de um tratamento recíproco de pai e filho. Em outras palavras, trata-se da construção fática da posse de estado de filho, que representa a valorização da vertente afetiva da relação, e que transcende o sentido biológico que pode, ou não ter lhe dado origem. **Contemporaneamente, o papel de pai é muito mais amplo, muito mais rico em detalhes do que o papel de genitor, visto que 'a verdadeira parternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético**'. (grifo nosso).

O art. 227 da CF e os arts. 4º, 16, inciso V e art. 19 do ECA, vem resguardar o direito fundamental da criança/adolescente enquanto pessoas em formação, em ter uma convivência familiar, sendo estabelecida uma relação intensa entre mãe socioafetiva e filho.

Algo importante que Elisabeth Badinter citada por Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p. 111) descobriu ao pesquisar sobre o amor materno na história mundial quebrou o tabu de que a mãe biológica tem naturalmente amor materno e ela defende que *"ele (amor materno) é adquirido ao longo dos dias passados ao lado do filho, e por ocasião dos cuidados que lhe dispensamos"*.

Assim, fica evidente que a filiação socioafetiva por meio da mãe socioafetiva tem uma relevante importância no caráter em desenvolvimento da criança ou adolescente.

Com o Código Civil de 2002, foram aprovados alguns Enunciados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, na I Jornada foi aprovado o Enunciado 103, segundo o qual ficou registrado que,

> O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse de estado de filho.

Na III Jornada de Direito Civil, de 2004, foi aprovado o Enunciado 256; tendo o mesmo sentindo, definiu que "*a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil"*. Antes o parentesco civil se resumia apenas a adoção, agora se incluem outros vínculos socioafetivos.

A legislação está evidenciando em alguns artigos, mesmo de maneira não explícita, a filiação socioafetiva. Nos arts. 1.596, 1.597, inciso V, 1.605, inciso II e 1.614 do CC e o ECA há grande força para buscar transformar laços afetivos em jurídicos, através da norma inserida no art. 41, § 1° e art. 42, § 6°.

Em consequência, fica em função de a jurisprudência verificar a sua existência, mesmo sem lei específica, considerar as particularidades dos casos concretos, aplicando os princípios relacionados à afetividade, convivência familiar, princípios constitucionais de direito de família.

Nas relações pais e filhos pode ocorrer à destituição do poder familiar, prevista no art. 1.635 do Código Civil, sendo elas: morte dos pais ou do filho; emancipação; maioridade; adoção; decisão judicial de destituição do poder familiar. Além destas, pode-se acrescentar a homologação da extinção do poder familiar em razão da entrega voluntária de filho para adoção, de forma regular disposto nos arts. 19-A, §4º e 166, §1º, inc. II do ECA. A destituição deve ser imposta no melhor interesse do filho e, se a sua decretação trouxer prejuízos ao mesmo, não deverá ocorrer (LÔBO, 2018, p. 309).

Com isso, a mãe socioafetiva pode ganhar destaque, na relação com a criança ou adolescente que estão em sofrimento com a situação exposta. Desenvolvendo o vínculo afetivo entre mãe socioafetiva e filho, como nas famílias recombinadas (reconstruída) em que existe uma nova união conjugal, com existência (ou não) de descendentes de relações anteriores, de um ou dos dois membros da casa, deverá ocorrer uma nova adaptação na família inteira, assim, a mãe poderá desenvolver uma relação de afeto com seu enteado (a).

Desta maneira, a "Lei Clodovil", sendo a Lei 11.924 de 17 de abril de 2009, acrescentou ao art. 57 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) o parágrafo 8° que autoriza o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou madrasta, desde que esses aprovem. O Deputado Clodovil Hernandes, justificou em seu Projeto de Lei (PL) 206 de 2007, que, muitas vezes, a relação entre o enteado e o padrasto é semelhante àquela que liga pai e filho, e salienta que "*vem em socorro daquelas centenas de casos que vemos todos os dias, de pessoas em seu segundo ou terceiro casamento, criam os filhos de sua companheira como se seus próprios filhos fossem*".

> Art. 1º Esta Lei modifica a Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta, em todo o território nacional.
> Art. 2º O art 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte § 8o:
> Art. 57 [...] § 8o O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família. (NR)
> [...]

Como se nota, a Lei não se reduz à relação do enteado com o padrasto, como previa no início de seu Projeto, mas se estende também à relação com a madrasta, que acaba se tornando mãe e desenvolvendo este papel com responsabilidade e amor.

Pois, através da destituição do poder familiar da mãe biológica, a criança/adolescente fica desamparada, sem afeto e outras necessidades essenciais para sua sobrevivência, desta maneira, tem o direito de ser adotado e de adquirir uma família para seu crescimento. E assim, o vínculo jurídico instituído na relação familiar entre a madrasta e o enteado é o da afinidade, de afeto, gerando o estado de posse do filho, Tania da Silva Pereira citada por Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p. 122) assevera, *"para que se caracterize a 'posse de estado de filho', é necessário que dirijam a eles os mesmos cuidados, carinho e a mesma formação que dariam se pais biológicos fossem. O direito de usar o sobrenome é a expressão máxima deste compromisso".*

O direito ao nome ou outros direitos são de suma importância para os filhos, através do reconhecimento da filiação socioafetiva em relação à maternidade, pois conforme artigo 16 do Código Civil de 2002*: "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome"*. A mãe socioafetiva pode fazer a adoção do seu filho socioafetivo perante a justiça através do juiz ou cartório conforme provimento 63 do CNJ de 14 de novembro de 2017.

> DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE. ENTEADA CRIADA COMO FILHA DESDE 1 ANO E 8 MESES DE IDADE. PLEITO DE INCLUSÃO DO NOME DA MÃE SOCIOAFETIVA, DE SEUS ASCENDENTES E DE SEU PATRONÍMICO NO ASSENTO DE NASCIMENTO DA MENOR. POSSIBILIDADE. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA PROVADA. MANUTENÇÃO DA MATERNIDADE BIOLÓGICA. RESPEITO À MEMÓRIA DA MÃE BIOLÓGICA, FALECIDA MENOS DE 1 ANO APÓS O PARTO. SENTENÇA REFORMADA.

> 1 - A filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º da Constituição/88, abarca não apenas a adoção em si considerada, como também parentescos de origens diversas, conforme sinalizado pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consaguinidade decorrente da ordem natural, de forma a contemplar a socioafetivadade surgida como elemento da ordem cultural.
> 2 - O Código Civil, em seu art. 1.593, reconhece a possibilidade de parentesco, e, por óbvio, de filiação, decorrente de outros critérios, resguardando a possibilidade de uma origem socioafetiva.
> 3 - Na hipótese, provada a maternidade socioafetiva, seu reconhecimento consiste apenas na materialização da realidade fática vivenciada pelas partes, de modo que, apesar de a legislação não dispor explicita e detalhadamente sobre tal situação, incumbe ao Poder Judiciário assegurar direitos decorrentes da peculiaridade de tais casos.
> 4 - À luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no artigo 100, inciso IV da Lei nº. 8.069/90, impõe-se o reconhecimento da maternidade socioafetiva e respectiva averbação do nome da apelante no assento de nascimento da infante para conferir-lhe o reconhecimento jurídico que já desfruta de filha da apelante, sem prejuízo da manutenção do nome da mãe biológica registral, até mesmo para fins de preservação da memória desta, que não teve culpa pelo rompimento do vínculo materno-filial, já que veio a falecer antes de a menor completar 1 ano de idade.
> 5 - Recurso conhecido e provido.
> (Acórdão 955534, 20140310318936APC, Relator: MARIA IVATÔNIA, 5ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 20/7/2016, publicado no DJE: 27/7/2016. Pág.: 300/308).

De acordo com o art. 48 do ECA, a adoção é irrevogável, ainda que os adotantes venham a ter filhos naturais, tendo em vista que o adotado está equiparado a estes, possuindo os mesmos direitos, inclusive os sucessórios (art. 41 do ECA). A criança ou adolescente reconhecido passa a ter todos os direitos inerentes à filiação, inclusive o direito à herança e ao pagamento de pensão alimentícia. Além do mais, o

nome familiar, o status, a dignidade, a honra, a integridade psíquica e emocional são outros exemplos de direitos que advêm do reconhecimento da maternidade socioafetiva. Também a mãe passará a ter todos os direitos relativos à maternidade, como, por exemplo, o direito de visita.

Desta maneira, fica evidenciada que a maternidade se constrói através dos laços afetivos, a formação de vínculos afetivos torna-se exigência básica na identidade individual, familiar e futuramente também social, em que será expresso um conjunto de elementos cognitivos, emocionais e culturais que formarão a personalidade do indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática referente às novas configurações da família e a construção de relações socioafetivas que configuram a identidade individual e social das que fazem parte desta, representa um desafio no campo jurídico, especificamente no ramo do Direito de Família. Tais mudanças implicam nas discussões quanto ao reconhecimento ou não da socioafetividade no seio familiar, demonstrando os princípios referentes a eles e a busca incansável da posse de estado de filho com os respectivos laços socioafetivos, pelo reconhecimento extrajudicial ou judicial.

Nesse trabalho foi possível identificar que gradativamente a doutrina jurídica tem reconhecido essa nova configuração de família com base nas relações socioafetivas, sendo base para decisões referente a direito nesse âmbito, se pautando em princípios constitucionais como igualdade, dignidade da pessoa humana e direito a personalidade. A partir disso, percebe-se que o reconhecimento da maternidade socioafetiva pela legislação brasileira avançou de maneira bastante significativa no enfoque de não priorizar a maternidade biológica, e colocar de maneira primordial o que é relevante para o filho sendo os pais geradores do amor e do afeto.

Houve muitos benefícios com as novas alterações sobre esta vertente, excluindo os biológicos e entrelaçando a filiação, a doutrina no Direito da Família reconhece isto. Pode-se notar que pela Legislação Maior não há diferença entre filhos advindos do casamento e ou não, sempre focando no interesse maior da família e do menor com o princípio da dignidade da pessoa humana. Verificou-se o entendimento dos Tribunais como solucionador dos conflitos, que reconhece o estado de posse do filho, o interesse da mãe socioafetiva e do filho socioafetivo em serem conhecidos na sociedade como um parentesco ainda que não seja consanguíneo. Quem trouxe o termo filiação socioafetiva a partir da mãe foi à jurisprudência e a doutrina do Direito da Família, uma vez que na legislação nos trás este reconhecimento de forma implícita.

Por fim, o verdadeiro estado de filiação é movido pelo amor e pelo afeto, onde há um interesse espontâneo do filho em ser reconhecido pela mãe e ter também a garantia pela alimentação, educação, saúde emocional, entre outros aspectos.

Desta forma, se finda que a filiação socioafetiva vem em primeiro lugar da maternidade biológica que muitas vezes é desligada do amor, cuidado e dedicação, causando a destituição do seu poder familiar perante o filho. A filiação é muito importante para a formação do indivíduo em sua personalidade, pois estabelece para a sociedade o vínculo familiar, impossibilitando neste liame, qualquer tipo de preconceito e desconstituição da mãe socioafetiva.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito Constitucional: a eficácia do código civil brasileiro após a constituição federal de 1988. In: Pereira, Rodrigo Da Cunha (Coord.). **Repensando o direito de família.** I Congresso Brasileiro De Direito De Família. Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: IBDFAM, Minas Gerais, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível** Nº 70062692876, Oitava Câmara Cível, Relator: José Pedro De Oliveira Eckert, Julgado Em 12/02/2015.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei** Nº 4.121, De 27 De Agosto De 1962. Dispõe Sobre A Situação Jurídica Da Mulher Casada. Brasília, Agosto 1962.

BRASIL. **Lei** nº 11.924, de 17 de abril de 2009 que altera o art. 57 da Lei n° 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Brasília, 17 de abril de 2009.

BRASIL. **Lei** Nº 8.069, De 13 De Julho De 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990.

BRUNO, Denise Duarte. Posse de estado de filho. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coorde.). **Família e cidadania**. O novo CCB e a vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 461-472.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 273-313.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7 ed. Rio De Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Os filhos da democracia. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coords.). **Direito privado e Constituição**. Ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação socioafetiva e "conflitos" de paternidade ou maternidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria. **Provimento** Nº 63 de 14/11/2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 25 maio. de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual de direitos das famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, V. 5: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. **Revista De Direito** Sanitário, São Paulo, v.1, n.1, p.107-127, Nov, 2000.

HINTZ, H. C. Novos Tempos, novas famílias? Da modernidade a pós-modernidade. **Revista Pensando Família**s, Porto Alegre, n. 3, 2001.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. **Parentalidade socioafetiva:** o ato que se torna relação jurídica. Revista Ibdfam: Família E Sucessões, V.9. Belo Horizonte: Ibdfam, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil constitucional das relações familiares. In: Barreto, Vicente (org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio De Janeiro: Renovar, 1997.

VENOSA, Sílvio De Salvo. **Direito civil I**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

WELTER, Pedro Belmiro**. Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2003.

REVISTA DIREITO FAE

A RELEVÂNCIA DO DIREITO À INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A CONSEQUENTE RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL

THE RELEVANCE OF THE RIGHT TO INFORMATION IN THE MEDICAL-PATIENT RELATIONSHIP AND THE CONSEQUENTIAL CIVIL RESPONSIBILITY OF THE PROFESSIONAL

Emmanuel GAZDA[1]

Jean Carlos dos Santos COELHO[2]

Matheus Mazzarotto de Castro VULCANIS[3]

Paulo Jose Panassolo HOFFMANN[4]

Robson Luiz SANTIAGO[5]

RESUMO

A discussão que permeia o presente trabalho tem por base uma análise acerca da responsabilidade civil médica, quanto às incertezas inerentes à ciência médica frente a evolução dos quadros patológicos e respectivos tratamentos, em contraposição ao direito do paciente a se autodeterminar. Foram revisadas as proteções legais ao que padece, bem como as informações relevantes à sua decisão consciente e o papel do

[1] Mestre em administração estratégica pela PUCPR, com especializações na área da informação, graduado em direito pela FAE Centro Universitário, em engenharia elétrica pela UTFPR e administração de empresas pela UFPR. Contato: emlgazda@hotmail.com.

[2] Graduado em Direito pela FAE Centro Universitário. Contato: jean.coelho@mail.fae.edu.

[3] Graduado em Direito pela FAE Centro Universitário. Contato: m-mazzarotto@hotmail.com.

[4] Graduado em Direito pela FAE Centro Universitário. Contato: pph.trb@gmail.com.

[5] Graduado e Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor de Direito Civil no Cursos de Direito da FAE - Centro Universitário. Contato: robson.santiago@fae.edu

médico na garantia da sua liberdade. Ao paciente importa conhecer as qualificações do profissional, as estruturas de atendimento, o diagnóstico, o possível prognóstico, os riscos envolvidos e as alternativas de tratamento. O médico tem o dever de informar para possibilitar uma decisão consciente e livre, respondendo por omissões culposas que lesem direitos do tomador de seus serviços. No intuito de se identificar empiricamente a responsabilização do médico, buscou-se junto aos tribunais nacionais decisões recentes, selecionando acórdãos do ano de 2019, relacionados especificamente a erros médicos. Seguiu-se com avaliação das informações em cada um dos 134 casos da amostra e compilação sintética, fazendo um cotejo entre a teoria da responsabilidade civil e os aspectos práticos dos referidos julgados. Concluiu-se pela efetiva significância da informação prestada pelos médicos nas avaliações dos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Responsabilidade; Médico; Informação; Consentimento

ABSTRACT

The discussion that permeates the present work is based on an analysis of medical civil liability, regarding the uncertainties inherent in medical science in the face of the evolution of pathological conditions and respective treatments, in opposition to the patient's right to self-determination. The legal protections to which he suffered were revised, as well as the information relevant to his conscious decision and the role of the doctor in guaranteeing his freedom. It is important for the patient to know the professional's qualifications, the care structures, the diagnosis, the possible prognosis, the risks involved and the treatment alternatives. The physician has the duty to inform in order to make a conscious and free decision possible, responding for culpable omissions that undermine the rights of the borrower of his services. In order to empirically identify the physician's accountability, recent decisions were sought before the national courts, selecting judgments from the year 2019, specifically related to

medical errors. This was followed by an evaluation of the information in each of the 134 cases in the sample and a synthetic compilation, comparing the theory of civil liability and the practical aspects of those judged. It was concluded by the effective significance of the information provided by the doctors in the evaluations of the courts.
KEYWORDS: Law; Responsibility; Doctor; Information; Consent.

INTRODUÇÃO

Cumprir com todas as responsabilidades atribuídas a um médico é tarefa hercúlea direcionada à preservação da vida e a minimização de riscos ao paciente. Não obstante a capacidade extraordinária desses profissionais, diante da amplitude da medicina e diversidade de reações do organismo humano, falhas podem ocorrer.

Segundo Fioravanti (2020), tem-se anualmente 1,3 milhões de vítimas de erros médicos no Brasil. A imprudência ou negligência do profissional deixa nestes pacientes pelo menos um efeito colateral. Deste contingente, estima-se que 55 mil acabem falecendo, ou seja, são seis vidas humanas perdidas a cada hora.

Alguns prejudicados demandam judicialmente. De acordo com relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018), 83.728 processos por erro médico foram ajuizados até final de 2017. Em relação ao número de médicos ativos no Conselho Federal de Medicina neste ano, a saber 466.135, representa um processo a cada pouco mais de cinco profissionais. Em avaliação histórica da década que antecede estes números (2008 a 2017) identifica-se um crescimento de 130%. (CNJ, 2019)

Além de buscar o restabelecimento da saúde, o imperativo respeito ao direito do paciente de se autodeterminar torna o fardo ainda mais pesado. Em síntese, não basta zelar pelo bem estar daquele em atendimento. A proteção constitucional de inviolabilidade dos desígnios relativos ao próprio corpo, o modelo de comportamento

éticos do conselho profissional e o paciente como consumidor demandam do médico informar adequadamente e obter consentimento certeiro.

Para tomar uma decisão livre e consciente, faz-se imprescindível que as informações recebidas pelo paciente sejam acuradas, suficientes, inteligíveis e imparciais. Uma falha no dever de informar pode se manifestar de diversas formas e momentos do atendimento, levando a plúrimos resultados danosos.

O presente trabalho objetiva compreender a relevância da informação na proteção do paciente na relação jurídica com o médico e a consequente responsabilidade envolvida. Procura-se por uma resposta ao questionamento: qual a importância atual, no Brasil, do direito à informação na responsabilização médica em sua relação com o paciente?

Com este direcionamento, identifica-se as proteções legais quanto à informação e a responsabilidade do médico. Busca-se pelo conteúdo de impacto ao processo de decisão do paciente, construindo-se modelo teórico utilizado como referência para análise de emanações recentes dos tribunais.

1 PROTEÇÕES LEGAIS DO DIREITO À INFORMAÇÃO

A proteção mais relevante é o conjunto de previsões do Código Civil concomitantemente com o Código de Defesa do Consumidor, ambos construídos a partir das bases principiológicas constitucionais. O profissional está ainda sujeito às constrições de conduta previstas pelo Código de Ética Médica e demais regulamentações do conselho profissional, incluindo-se exigências específicas de algumas especialidades.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O médico, ao exercer seu labor, concretiza atividade social (VENOSA, 2014), estando suscetível de causar prejuízo aos membros da sociedade, mesmo que seja a contragosto, gerando assim uma determinada responsabilidade pela ação ou omissão. A responsabilidade civil tem a finalidade de recompor ao status anterior, o dano experimentado, de forma moral e ou patrimonial. (GONÇALVES, 2020) Assim, sujeita-se o indivíduo a responder, arcando com as consequências e garantindo possíveis indenizações. (NADER, 2016) O dano é marcante na responsabilização, tal como na previsão do artigo 186 do Código Civil.

A responsabilidade civil pode ocorrer de forma extracontratual ou contratual. Enquanto naquela o agente agride um dever legal, nesta ele não cumpre o pactuado. (NADER, 2016) Para o presente estudo baseia-se nos ensinamentos de Venosa (2014, p. 154), segundo o qual, "inexiste diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual. Sob qualquer prisma, ocorrendo culpa, aflora o dever de indenizar." A culpa, entendida em sentido lato sensu, surge como elemento da responsabilidade subjetiva e abarca tanto o dolo quanto a negligência e a imprudência, uma vez que tratando-se de profissional da medicina, por amparo na literatura médica, o generalista jamais atua em imperícia.

A responsabilidade médica é atribuída de forma subjetiva, ou seja, deve-se conjugar ação ou omissão voluntária, nexo de causalidade, dano e culpa para o dever de indenizar[6], conforme estabelece o Código Civil. Diferentemente dos estabelecimentos de saúde, os quais estão sujeitos à responsabilidade objetiva,

[6] Art. 951: O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

necessitando apenas da comprovação do nexo de causalidade entre a ação e o dano. (GONÇALVES 2020)

2.1 Código de Defesa do Consumidor

Criado pela Lei no 8.078/1990, por obrigatoriedade do art. 48 da ADCT/CRFB, o diploma legal consumerista acompanha a contemporaneidade das relações mercadológicas e abrange conteúdo de direito público e direito privado (TARTUCE, 2020), um misto das duas áreas. Situa-se como lei especial compatível com as relações de consumo existentes na pós modernidade jurídica. (TARTUCE, 2020)

Para além dos preceitos cediços da constituição, tem-se reforçado dentro do Código de Defesa do Consumidor (CDC) alguns princípios basilares, com aplicação tanto autônoma quanto como integrante do sistema jurídico em que está inserido. (NUNES, 2019). Dentre eles, concentra-se este trabalho nos quesitos da responsabilização dos entes envolvidos com serviços de saúde e relevantes à troca de informações entre médico e paciente.

O princípio da proteção ao consumidor[7] estabelece um dos pilares de justificação da criação do CDC e sustenta a intervenção estatal no domínio econômico. (NUNES, 2019) Este engloba três pontos chave: inafastabilidade das regras do CDC por acordo entre as partes, a consolidação dos direitos difusos e

[7] Do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) tem-se no Art. 1° - O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias e Art. 2°- Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final

coletivos por legitimidade do Ministério Público nas ações relativas a consumo e o reconhecimento de ofício pelo juiz da lei mais protetiva. (TARTUCE, 2020)

A vulnerabilidade do consumidor[8] carrega o estigma de que todos eles estão em posição desfavorável, uma vez que os serviços a ele prestados são de alguém técnico em determinada área. (NUNES, 2019 e NEVES, 2011) Mesmo que o consumidor tenha formação no mesmo curso de graduação que o prestador, por terem seguido por especialidades diferentes, é considerado como vulnerável por não deter o mesmo conhecimento técnico. Pois, se o tivesse, não necessitaria dos serviços. Há presunção de vulnerabilidade técnica sobre o assunto tratado. (TARTUCE, 2020) Deve, portanto, o médico fornecer todas as informações necessárias para o livre consentimento do paciente.

Diferentemente, a hipossuficiência não é reconhecida em todo consumidor. Depende de fragilidade da condição socioeconômica do consumidor, conhecida como fática, ou relaciona-se às condições que o consumidor tem para produzir determinada prova, dita técnica. (LISBOA, 2001, apud TARTUCE, 2020) Havendo-se, portanto, que demonstrar a sua existência para que se receba a proteção.

A boa-fé objetiva frui como o coração do CDC. (TARTUCE, 2020) Revela-se na harmonia das preferências dos participantes da relação consumerista (NUNES, 2019). É neste sentido que ambas as partes devem se portar durante a relação clínica. O paciente obriga-se em fornecer todas as informações solicitadas pelo médico para que a análise do caso concreto seja o mais retilínea possível e o médico, dentro de seu conhecimento, fornecer ao paciente todas as informações coerentes e acessíveis

[8] Estabelecida como princípio no CDC pelo Art. 4º- A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

para que juntos assumam qual o melhor tratamento a ser seguido. Ofende-se este princípio quando se oculta informações que poderiam dar outro rumo ao tratamento.

Neste mesmo patamar de importância, os princípios da transparência e do dever de confiança, de informação[9] têm atenção especial. Há o dever de informar e o direito de ser informado. Pois, quem oferece o seu serviço, o médico, tem o dever de informar sobre as etapas do tratamento e os pormenores que permeiam e possam interferir na decisão do paciente. Quem busca o serviço tem o direito de ser informado (NUNES, 2019). O profissional[10], ao informar o paciente, tem a obrigatoriedade de comentar os riscos, qualidades, peculiaridades, e afins de todo o desenrolar do tratamento, abordar as informações que sejam pertinentes ao paciente de forma nítida e definida. (NUNES, 2019)

A isonomia[11] tem função equilibradora das relações entre fornecedor e consumidor. Este princípio, aliado com o da vulnerabilidade do consumidor quanto à técnica e a hipossuficiência probatória sustentam a inversão do ônus da prova[12] como forma de equilibrar a relação processual. O médico é responsável por provar que informou adequadamente o paciente de todas as medidas quanto ao tratamento.

Consolida-se ainda, no diploma consumerista, a responsabilização dos profissionais liberais, neste caso os médicos, como sendo subjetiva. Faz-se por necessária a comprovação da omissão, do nexo causal, do dano causado pela falta de informação e culpa por parte do médico. Retrata uma categoria *sui generis* de

---

[9] Este princípio fundamental surge no art. 4º, caput e 6º, inciso III, caput dos artigos 8º e 31 do CDC.

[10] Por definição do CDC, Art. 3° - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (grifo nosso)

[11] Direito Fundamental previsto no Art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988.

[12] Previsão legal do Art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

responsabilidade civil contratual, objetiva e com culpa provada, afastando-se da tradicional presunção relativa de culpa na relação contratual. Isto por que, ainda que consumerista, está calcada no elemento "confiança" (*bona fides*).

2.2 Código de Ética Médica

Dentro dos limites de suas atribuições, o Conselho Federal de Medicina (CFM) estabelece os princípios, direitos e deveres relacionados à profissão por meio do Código de Ética Médica, atual Resolução 2.217/2018.

Dentre as tradições mantidas pelo recente diploma encontra-se a consideração à autonomia do paciente. Entre os avanços, a obrigação da elaboração de um sumário de alta a ser entregue ao paciente mediante solicitação, primordial para a comunicação e orientação da continuidade do tratamento. Ainda, não menos importante, facilita-se o acesso ao prontuário, o qual passa a poder ser fornecido diretamente ao juiz, em caso de demanda, e não mais somente ao perito técnico.[13]

O diploma ético-médico privilegia sobremaneira a autonomia da vontade do paciente e o faz destacando-a nos "considerando" como orientação geral da relação[14]. No entanto, também prevê autonomia ao médico para indicar tratamento[15], recusar-se a atuar em contrário senso da sua consciência, com prejuízo à sua eficiência e correção, limitado por instituições, em condições indignas, inadequadas, com acúmulo de encargos ou consultas além de sua capacidade e experiência profissional.[16]

[13] Principais questões levantadas na publicação "CFM apresenta o novo Código de Ética Médica que entra em vigor no dia 30 de abril" da Sociedade Brasileira de Pediatria.

[14] Atual Código de Ética Médica é instituído pela Resolução 2.217/2018 do Conselho Federal de Medicina.

[15] Conforme o Código de Ética Médica: "O médico tem direito a: II–Indicar o procedimento adequado ao paciente"

[16] Estipulações do Código de Ética Médica como Princípios VII, VIII, XVI e Direitos do Médico IV, V e VIII.

Junto da liberdade, o médico tem responsabilidade de se aprimorar continuamente e usar o melhor da ciência em benefício do paciente. Não somente atualizar-se, há obrigatoriedade em usar tudo o que há disponível para prevenção, diagnóstico e tratamento. Utilizar-se da terapêutica correta é uma obrigação, sendo a experimental aplicável somente com devidos cuidados, entre eles autorização das autoridades e esclarecimento do paciente quanto às possíveis consequências.[17]

Pelos seus atos, o médico responde pessoalmente, em razão da relação de confiança com o paciente. Ocorrendo dano, aplica-se a responsabilidade mediante culpa comprovada, não presumida. Responde por condutas imprudentes ou negligentes. Em uma tentativa de afastar a proteção ao consumidor, o Código de Ética Médica prevê princípio estabelecendo não se tratar de relação de consumo[18]. Com todo o respeito ao CFM, não cabe à resolução em questão estabelecer o conceito de consumidor, fornecedor e relação de consumo. Estas são prerrogativas da legislação ordinária de proteção ao consumidor, instituída sob a égide de previsão constitucional, não sendo outra a opinião de doutrinadores e jurisprudência acerca desse tema.[19]

O médico tem o dever de informar ao paciente sobre sua doença, diagnóstico, prognóstico, riscos, objetivos do tratamento, indicar somente atos necessários e sem exagerar na gravidade. Em casos de transplantes, os riscos devem ser muito claramente comunicados. Obriga-se, ainda, a conceder ao paciente laudo para continuação do tratamento, em caso de alta e acesso ao seu prontuário.[20]

---

[17] Conteúdo previsto no Princípio V, Art. 32 e Art. 102 do Código de Ética Médica

[18] Previsões do Código de Ética Médica nos Princípio XIX, XX e Art. 1º (*caput* e §1º)

[19] AgInt no AREsp 1127015/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017: "*1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive o prazo prescricional previsto no artigo 27 da Lei 8.078/1990*".

[20] Obrigações destacadas sobre o dever de informar contidss nos Arts. 13, 34, 14, 35, 86 e 88 do Código de Ética Médica.

A decisão do paciente deve ser livre, ausente de interesses pecuniários, políticos, religiosos ou outros do médico. Aproveitar-se para obter vantagem é inaceitável. Também não pode o profissional opor-se ao desejo do paciente a uma segunda opinião. Ainda, o paciente tem direito a não ser influenciado na sua decisão sobre método contraceptivo, havendo responsabilidade do médico quanto ao esclarecimento de cada um deles.[21]

O consentimento do paciente, após receber as devidas informações sobre o procedimento, é obrigatório. Ainda mais em caso de participação de pesquisa. Havendo igual necessidade de autorização na prática de medicina para docência.[22]

Sendo assim, resta evidenciada a responsabilidade do médico no dever de bem prestar seus serviços, com base no que se tenha de mais avançado da ciência, com liberdade ao paciente de se determinar, após se ter por devidamente esclarecido quanto ao diagnóstico, prognóstico e riscos envolvidos.

Faz-se exceção os casos em que o paciente esteja sob risco de vida, em atendimento emergencial. Sob tais condições, segundo o código de ética médica, assiste ao médico o direito e a obrigação de atuar no melhor do possível para salvar a vida do paciente.

3 INFORMAÇÕES RELEVANTES PARA O PACIENTE

Nem toda informação é indispensável na relação entre médico e paciente. Aquelas desafetas à autodeterminação são irrelevantes. Não obstante, o universo do que precisa ser considerado pelo paciente ao fazer sua escolha é bastante amplo.

[21] O respeito à liberdade do paciente decidir, nos termos aqui expostos, tem previsão no Código de Ética Médica nos Arts. 24, 20, 40, 39 e 42.

[22] A exigência de consentimento do paciente é conteúdo dos Arts. 22, 101 e 110 do Código de Ética.

3.1 Informações sobre o profissional

Um médico não é simplesmente um prestador de serviços. Trata-se de um profissional que se diferencia por uma série de qualificadores individualizantes. A trajetória profissional envolve a instituição em que se graduou, o tempo e locais de atuação, licenciamento do órgão de classe, os cursos de reciclagem, atualização de procedimentos dentro da área e outros requisitos pertencente à competência individual[23] de atuação em determinada especialidade.

Seguindo padrões internacionais, o exercício legal da profissão médica exige observar regramentos específicos[24]. Sendo assim, há que se considerar dois aspectos distintos no que tange ao exercício da medicina: a aptidão profissional e a legal[25]. Institui-se uma relação de confiança entre médico e paciente[26], determinante na escolha deste de continuar com o profissional médico ou optar uma segunda opinião. Em casos mais drásticos, pode-se optar pela substituição do profissional.

Segundo Nemetz (2014), o médico deve, ao iniciar um atendimento, seguir uma diretriz contendo rotinas de investigação contemplando toda a pesquisa semiológica, com exames físicos, laboratoriais e ou de imagem e detalhamento do histórico clínico. A complexidade da aplicação destes requisitos, para que auxiliem na descoberta da melhor investigação sobre a enfermidade e gerem a informação para a

[23] Nas palavras de Bruno Fernandes competência seria "Um conjunto de conhecimentos, habilidades, atitudes e valores que um indivíduo mobiliza e aplica, de forma reiterada, dentro de um contexto profissional, agregando valor à organização e a si mesmo." (FERNANDES, 2013)

[24] A Lei 3.268/1957 que organiza e dá forma de autarquia ao Conselho Federal e os Regionais de medicina no Brasil, em seu art. 17 prevê a necessidade registro do título perante o Conselho Regional que detenha a jurisdição da localidade em presta serviço o médico. A previsão se estende ao Código de Ética Médica no item III de seu Preâmbulo.

[25] França (2020) individualiza duas linhas entre o exercício legal da medicina, a primeira com relação ao currículo do médico obtido através de escola licenciada e aprovada para ensino da prática médica e outro a habilitação legal atribuído título e registro da pelos órgãos competentes.

[26] Na relação médico paciente, Bergstein (2013, não paginado) explicita a seguinte frase "*O ato de confiar é, em verdade, da essência das relações humanas*" dando o sentido esperado do paciente na relação com o médico.

escolha de tratamento pelo paciente, deixa visível a necessidade de uma boa formação acadêmica do profissional e sua equipe.

Neste sentido, o médico tem a possibilidade e obrigatoriedade de apresentar de forma clara todas as suas qualificações para o paciente, incluindo informações sobre tempo de atuação, e locais em que já atuou. Deve propiciar ao paciente conhecimento suficiente para construir a confiança que rege a relação médico-paciente, nos termos da relação consumerista.

O paciente, como contratante de uma prestação[27], pode e deve receber informações sobre o profissional que o está atendendo. É necessário o acesso às informações pertinentes ao médico com o intuito de melhorar o plano de escolha do tratamento e para o paciente exercer sua autonomia e autodeterminação.

3.2 Informações sobre infraestrutura

Com possíveis impactos diretos sobre o tratamento, tem-se também a necessidade de conhecimento acerca das condições de trabalho a que o profissional está submetido. Questões como a qualidade dos equipamentos, limpeza do local de trabalho, tecnologia à disposição, localização, índices qualitativos e quantitativos de atendimento, intercorrências, entre outros, são fundamentais.

Para ilustrar a dimensão que este tema atinge, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em comunicado à imprensa[28], traz revelação de que, em média, aproximadamente 11% das pessoas que passam por algum tipo de intervenção

[27] Para Kfouri Neto (2019), ao haver a remuneração devida pelo paciente ao médico, institui-se de forma contratual esta relação, independente se o pagamento é de forma direta ou indireta (mediante plano de saúde ou atendimento público).

[28] Dados divulgados pelo boletim *News Release* emitido em novembro de 2016.

médica acabam contraindo algum tipo de infecção hospitalar[29] nos países de média e baixa renda. Na África, o estudo aponta que aproximadamente 20% das parturientes contraem algum tipo de bactéria na incisão realizada no procedimento cesariano.

No Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) editou no ano de 2017, o Plano Nacional de Prevenção e Controle de Resistência Microbiana em Serviços de Saúde com o intuito de detectar, prevenir e controlar o alastramento de microrganismos em ambientes cirúrgicos.

No Estado do Paraná, em atendimento ao disposto pela ANVISA, foram instituídas as Resoluções nº 188/2017 e nº 299/2017 pela Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA/PR). No período de janeiro a junho de 2018, 411 hospitais registraram os dados referentes a Infecções Relacionadas à Assistência à Saúde (IRAS) no Estado. Destes registros extrai-se que do total de 1.013.595 pacientes atendidos, houve 16.002 (1,58%) pacientes notificados com infecção, sendo que 1.797 (0,18%) vieram a óbito durante a ocorrência. [30]

Assim, a informação em relação às condições salubres dos possíveis locais de atendimento é acessíveis ao médico. Por estar inserido no meio da saúde, sabe, ou deveria saber, que infecções contraídas dentro dos ambientes clínicos, são de obrigatória notificação aos órgãos fiscalizadores dos entes hospitalares. Bem como que, os entes devem seguir regulamentos rígidos quanto à fiscalização, cuidados e treinamento qualificado de suas equipes para que tenham todo cuidado necessário quanto a limpeza e organização dos ambientes hospitalares.

É notório que o ambiente hospitalar é local frequentado por enfermos, os quais podem carregar microrganismos infectantes. Hospitais melhores qualificados são

[29] Infecção hospitalar é "um dos riscos da hospitalização, são complicações infecciosas de determinadas doenças ou condições que alteram o estado de equilíbrio entre os mecanismos de defesa anti-infecciosa do hospedeiro e sua microbiota normal." (COUTO et al, 2017, p.9)

[30] Dados referentes ao período de janeiro a junho de 2018 divulgado no Boletim Informativo das notificações no Sistema Online de Notificação de Infecções Hospitalares (SONIH) da SESA/PR.

estruturados para atender casos mais complexos, com consequente maior risco trazido pelos pacientes. (COUTO et al, 2017) Cabe ao médico não omitir do paciente possíveis riscos advindos da contaminação do ambiente neste ou naquele nosocômio. Havendo possibilidade de escolha pelo paciente do local do procedimento, está o médico compelido a informar o risco de contrair uma infecção não advinda diretamente do procedimento médico, mas dos riscos do ambiente hospitalar.

Em que pese a responsabilização do hospital dar-se de forma objetiva e o médico não responder pelos danos do pós operatório advindos de infecção hospitalar, o profissional tem o dever de resguardar o paciente de eventual exposição demasiada a tal fator infecto contagioso. (KFOURI NETO, 2019) Cumpre-lhe ao menos informá-lo acerca desse risco, auxiliando na escolha do nosocômio onde se submeterá ao procedimento médico. Afinal, "ao zeloso profissional médico, sempre haverá a possibilidade de esquivar-se de eventual chavão de negligente quando informar das precárias condições de trabalho". (FRANÇA, 2020, p. 263)

3.3 Informações sobre o diagnóstico

A omissão de informação a respeito do diagnóstico traduz-se em uma falta ética. (BERGSTEIN, 2012) Entretanto, justo se faz apontar a dificuldade inerente ao cumprimento deste dever, visto a complexidade envolta no diagnóstico. Segundo Moraes (2003), a tarefa deve ser analisada sob quatro possíveis abordagens.

O diagnóstico funcional realiza-se por meio de referências já conhecidas no histórico clínico do paciente. O diagnóstico sindrômico, baseia-se no relato clínico feito pelo paciente, conforme haja evoluções ou alterações em comparação ao quadro clínico inicial. O anatômico, provém de um exame físico e amparado com exames conexos. O diagnóstico etiológico busca determinar a origem da moléstia, sendo o mais complexo, visto que há muitas doenças e sintomas oficialmente catalogados, porém somente um terço das origens são conhecidas. (MORAES, 2003)

É classificado o erro de diagnóstico em evitável e inevitável. (SCHAEFER, 2020) Sendo aquele caracterizado como um erro, pois caso fossem tomadas as necessárias precauções, fosse realizado com a perícia e prudência necessária, poderia ser conjurado. Inevitáveis são erros de diagnóstico resultantes de limitações da medicina, tendo em vista a vasta quantidade de doenças desconhecidas ou ainda não catalogadas oficialmente, bem como as insuficiências tecnológicas ainda presentes. O erro inevitável, portanto, não será concebido como uma falta grave, e por isso não passível de punição.

Hodiernamente afirma-se que a falha de diagnóstico, de definição da patologia do paciente, de suas causas, não acarreta responsabilidade quando um profissional diligente também a cometeria nas mesmas condições e no estado em que se encontra a medicina no momento do diagnóstico. (KFOURI NETO, 2019)

Ante evolução tecnológica, que possibilita sustentar-se em exames de laboratório, é de se esperar maior rigidez na análise das ações de responsabilidade por erro de diagnóstico. No caso do tratamento ser inadequado à verdadeira doença, consequentemente ser o paciente submetido a um recurso terapêutico ineficaz, o qual intensificou a situação inicial, torna-se inescusável o erro ao verificar-se que era possível e viável a realização de exames, os quais não foram feitos, cuja dispensa levou a um diagnóstico precipitado e inconsistente. (GONÇALVES, 2010) Nesses casos, surge indispensável a solicitação e realização de exames complementares, bem como aplicação de uma técnica médica de qualidade na análise dos resultados obtidos, uma vez que serão utilizados para corroborar, descartar ou clarificar as teses ventiladas de início pelo profissional. (SZTAJN, 1997)

O erro de diagnóstico é capaz de oferecer problemas substanciais ao paciente que, ao ser aconselhado pelo profissional da medicina de maneira errônea, direciona-o a determinado tratamento que não se adapta à afecção ora manifestada. O diagnóstico tem tamanha importância que será à volta dele que se desenrola toda

atuação, tanto do médico quanto do paciente. Mister ressaltar que em muitos casos, o principal objeto contratual da relação médico-paciente é o próprio diagnóstico. (ZATZ, 2011)

A comunicação do diagnóstico também é delicada. Exige do médico grande habilidade de compreensão do estado do seu paciente. Realiza minuciosa análise estrutural completa, vez que determinadas informações a respeito de certas patologias e disfunções podem gerar repercussões significativas no paciente, inclusive refletir de forma negativa em relação ao tratamento a ser aventado[31].

Não obstante, cumpre destacar alguns direitos do paciente na relação com o médico. O mais importante, sem dúvidas, é o direito à informação sobre seu real estado de saúde, bem como as formas de tratamento adequadas ao seu estado clínico. Na mesma seara, o paciente dispõe ainda do direito de acesso aos seus prontuários médicos. (CREMESP, 2001)

Assim sendo, é de suma importância que o paciente receba informações claras, objetivas e explícitas sobre as circunstâncias diagnósticas, sobre o próprio diagnóstico em si, quanto aos exames solicitados, quanto às ações de tratamento a serem realizadas, bem como seus eventuais riscos e benefícios, além da duração estimada para o término do tratamento.

Nos casos de necessário procedimento invasivo, mesmo que de diagnóstico, deve ser informado ao paciente sobre a necessidade ou não de anestesia, qual o tipo a ser utilizado, seus riscos e o aparato necessário para sua correta execução. Cabe ao médico, ainda, esclarecer possíveis efeitos colaterais, riscos duração do procedimento e eventuais repercussões indesejadas[32].

[31] Considerações do Art. 34 do Código de Ética Médica.

[32] Orientações do CRM/SC por meio do Manual de Orientação Ética e Disciplinar.

Quando houver a solicitação de exames, é direito do paciente ter prévio conhecimento quanto aos exames a que será submetido, bem como a finalidade da solicitação e as alternativas de diagnóstico existente[33].

Em suma, para fins de responsabilidade profissional, a transparência com que as informações são repassadas ao paciente são tão importantes quanto o diagnóstico em si.

3.4 Informações sobre o prognóstico

O prognóstico é o juízo prévio feito pelo médico amparado imperiosamente no diagnóstico realizado, bem como nas possibilidades terapêuticas, relativo à duração, eventual evolução e término da enfermidade ou quadro clínico. É a previsão médica de como a enfermidade ou paciente irá evoluir durante o tratamento, bem como as probabilidades de cura da doença. (KASPER, 2016)

É crucial a transparência ao informar ao paciente o prognóstico, bem como possíveis evoluções ante o quadro inicialmente revelado. Por óbvio, o prognóstico mais complicado é o irremediável, ou seja, do paciente acometido de uma enfermidade letal. Mesmo sob essa circunstância, é de extrema importância que se garanta ao paciente o direito à informação acerca do seu estado, propiciando-lhe decidir livremente sobre o próprio comportamento frente a tal situação. Incumbe ao médico apoiar-se na sua habilidade interpessoal para transmitir tal informação ao paciente, (BERGSTEIN, 2012) conceder liberdade para avaliar alternativas e deliberar sua preferência em como aproveitar o tempo que lhe resta em vida.

Ponto de imprescindível discussão é qual deve ser a conduta do médico diante da requisição de familiares do enfermo para que se abstenha de prestar determinada informação ao paciente. É necessário, de início, delimitar que o profissional somente estará autorizado a não prestar as informações, às quais o paciente tem o direito de

[33] Recomendações do CRM/SP em Guia da relação médico paciente - 2001.

ser informado, no caso em que o próprio paciente assim determine e tenha previamente indicado outra pessoa para recebê-las no seu lugar. (PEREIRA, 2004)

Contudo, há exceções. Conforme Ferraz (2009), o dever de informar encontra limitação no intitulado privilégio terapêutico: hipóteses em que o médico pode suprimir certas informações a partir do momento em que entenda que a transmissão da informação ao paciente pode colocá-lo em maior risco, ocasionando eventuais danos irreparáveis a sua saúde física ou psíquica. A exemplo tem-se o caso em que o paciente, ao receber a informação de um prognóstico fatal, idealiza a possibilidade de cometer suicídio ou entra em depressão, dificultando de maneira acentuada as possibilidades de tratamento ora delineadas.

3.5 Informações sobre os riscos

É fundamental que o médico comunique informações completas sobre os riscos a serem enfrentados pelo paciente. No entanto, o critério qualitativo das informações cedidas ao paciente envolve o grau de incerteza inerente a determinado procedimento médico combinado com o critério da relevância das informações a serem apresentadas. Neste sentido, como enfatiza Tropardi (2005 apud BERGSTEIN, 2012), o excesso de informações oferecidas ao doente pode ter um efeito rebote, não deixando este mais conscientizado da situação do que qualquer outro doente que não tenha recebido quaisquer informações sobre os riscos.

Quanto à extensão das informações sobre os riscos, deverá o médico prestar informações não apenas sobre os riscos genéricos de cada caso, ou seja, aqueles que sempre estarão presentes no procedimento a ser executado, mas as particularidades do doente quanto ao prosseguimento da intervenção médica.

Dessa forma, exames preliminares são imprescindíveis ao intuito de acautelar riscos específicos frente às características físicas apresentadas por cada paciente, tais como o ambiente de trabalho, questões cardiológicas, respiratórias e alérgicas

que possam majorar as chances de insucesso. Lembrando que, o risco não está presente apenas no prosseguimento da intervenção médica principal, mas também nos procedimentos preliminares a esta.

Destarte, após a realização de exames preliminares, contatados e informados ao paciente os riscos específicos do procedimento a ser executado, estando este com condições clínicas favoráveis ao procedimento, deverá o médico deixar ao livre-arbítrio do paciente a realização da intervenção. Quando o informe do alto grau de incerteza intrínseco a determinado procedimento médico é ocultado do paciente, remete-se à ideia de uma consequente responsabilização do profissional.

Entretanto, divergências surgem quanto à possibilidade de ausentar informações sobre riscos que, segundo as estatísticas, tenham uma ínfima probabilidade de se traduzir em um dano real (1% a 2% dos casos).

Tendo como justificativa a necessidade do médico preservar a saúde mental do paciente, não devendo assustá-lo com riscos que tem uma ínfima possibilidade de se concretizarem, defende-se que o paciente deverá ser informado somente sobre riscos com maior probabilidade de se tornarem um dano real. (RODRIGUES, 2001) No entanto, esta conduta resulta em problemas graves no dever de informar, restringe o médico a transmitir somente as informações que se enquadram em um determinado limite estatístico, usualmente, considerando apenas os riscos genéricos de determinado procedimento e não observando as características intrínsecas do doente.

Defende-se também que "*quanto mais perigosa a intervenção, tanto mais necessária a advertência do profissional, que responderá na medida em que calar ou atenuar os riscos do procedimento operatório ou do tratamento".* (DIAS, 2012, p. 286) Nesse mesmo sentido, Kfouri Neto (2019) entende que *a* qualidade da informação se dá de acordo com o risco do tratamento, quanto maior mais rigoroso o dever de informar. Deve proporcionar ao paciente condições para prover um consentimento esclarecido.

Desta forma, ainda que seja um risco de baixo grau probabilístico, entende-se por sensato que o médico informe-o pormenorizadamente ao paciente, conscientizando-o de que subsiste a possibilidade deste se concretizar, tendo em conta não apenas os riscos genéricos mas também os específicos da intervenção.

3.6 Informações sobre as alternativas de tratamento

De acordo com o Código de Ética, toda a atenção do médico deve estar direcionada à saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional, pautado nos princípios da boa-fé, confiança, lealdade e eticidade. (LISBOA, 2008 apud BERGSTEIN, 2012) Portanto, ainda que inclinado a determinado tratamento por interesses e critérios individuais, sendo-lhe permitido defender seu ponto de vista na escolha das alternativas existentes, quando notar uma recusa frente à opção que mais lhe agrada, o médico deverá dar preferência ao eleito pelo paciente em detrimento de sua premissa individual. (SZTAJN *et al*, 2020)

Aprofundando-se na relação médico-paciente, destaca-se a relevância do conhecimento técnico do médico e seu nível de especialidade frente à inexperiência do paciente para a seleção do tratamento a ser conduzido. Assim, salienta-se o dever de informar como tutela do princípio da autodeterminação. Ainda que o médico detenha o conhecimento técnico-específico sobre certo caso, deverá limitar-se a expor os benefícios e malefícios das alternativas de tratamento aplicáveis, considerando os critérios genéricos e específicos do caso em apreço, remetendo-os ao paciente, incumbindo a este o encargo de optar pelo que melhor se adeque à sua situação.

Em observância aos princípios regentes da relação com o paciente e em respeito à máxima de que o paciente tem o direito a se autodeterminar, o médico que por conta de um viés individual dê ênfase somente à sua opinião, optando por não esclarecer e fornecer informações sobre outros tratamentos possíveis, tendo estes

também o condão de solucionar a moléstia do paciente, retrata falta com dever de ética e boa-fé que se espera do profissional.[34]

Dessarte, é obrigação do médico não deixar que seu pensamento, que pode sobrepujar o benefício próprio em detrimento do paciente, influencie a escolha do tratamento a ser executado. Ainda que se trate de tema da especialização do médico, que o profissional possua maior experiência ou habilidade na execução de determinado procedimento, é imprescindível que este mantenha sua imparcialidade ao expor as alternativas de tratamento perante aquele que padece da moléstia, colocando os interesses deste acima dos próprios. (SZTAJN et al, 2020)

4 O CONSENTIMENTO E A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

A despeito das práticas da antiguidade, cuja missão do médico de atuar em prol de uma cura se sobrepunha a tudo, hoje a informação tem papel forte e fundamental no processo decisório do paciente.[35]

Neste capítulo constrói-se como o atendimento médico se desenvolve no que se relaciona ao intenso fluxo de informações e, posteriormente, como estas informações são validadas em contraposição aos resultados alcançados.

---

[34] "A obtenção do consentimento do paciente após a informação médica resulta do seu direito de autodeterminação, ou seja, de tomar decisões relativas à sua vida, à sua saúde e à sua integridade físico-psíquica, recusando ou consentindo propostas de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem direito de opor-se a uma terapia, de optar por tratamento mais adequado ou menos rigoroso, de aceitar ou não uma intervenção cirúrgica, de mudar ou não de médico ou de hospital etc.". (DINIZ, 2006, p.672-673)

[35] "*A informação parte de um pressuposto inafastável: que o paciente possa, com liberdade, ausente qualquer coação, com absoluta consciência, receber todos os dados necessários e úteis, para exprimir seu consentimento em relação ao tratamento recomendado*." (KFOURI NETO, 2019, p. 258)

4.1 A construção do termo de consentimento

Os elementos de informação previamente abordados, sem a pretensão de exaustão, elucidam a complexidade do ambiente em estudo. Servem como base para a construção da consciência do paciente e tomada da decisão, resumido pelo diagrama na Figura 1 - Processo Decisório do Paciente.

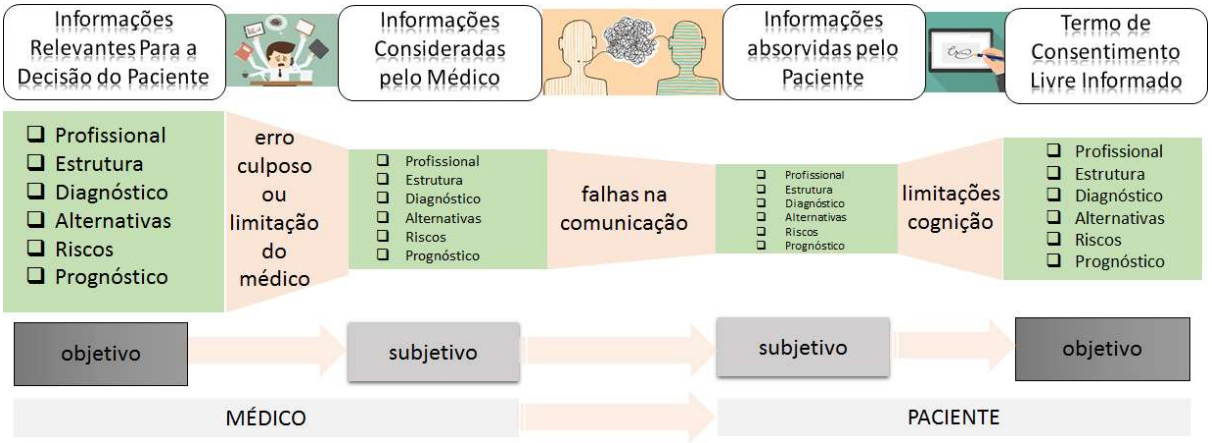


Figura 1 - Processo Decisório do Paciente - fonte própria

Na primeira coluna, a mais à esquerda, encontramos as informações relevantes para o paciente no tratamento em curso, objetivamente disponíveis e bastante amplos. O profissional, inevitavelmente, trabalha com um conjunto mais reduzido e atua somente com o que se indica no diagrama por informações consideradas pelo médico.

Nessa redução, há duas potenciais fontes de erro na lida com as informações. Aspectos relevantes, disponíveis, podem não ser considerados pelo médico por que agiu com imprudência ou negligência. A exclusão pode também ser fruto de limitações normais da pessoa do médico.

As consequências de cada um dos casos são diametralmente opostas. Por um lado, o médico responde quando age com culpa[36], responde pelos danos causados como profissional liberal. Por outro, não sofre com tal peso quando nada podia fazer de diferente[37]. A identificação das sutilezas entre os dois casos costuma ser complexa. Ocorre que, a falha por limitação do profissional também é uma situação de erro, o qual se pode entender como escusável e isento de culpa.

Imerso no caso prático, o magistrado, em regra não médico, decide com o socorro de avaliação pericial, cujo conteúdo encontra-se sujeito a contaminações do espírito de corpo. (KFOURI NETO, 2019)

A doutrina também não é unânime. Divide-se entre os que são mais brandos com o profissional, os que buscam uma regra geral e aqueles que entendem ser o paciente o lado mais frágil suscetível de proteção. A exemplo aborda-se o caso de erro no diagnóstico. Os princípios sugeridos por Magalhães (1984 apud KFOURI NETO, 2019) responsabilizam o profissional somente se forem erros grosseiros. Gonçalves (1957, apud KFOURI NETO, 2019) recomenda ao magistrado perguntar-se como agiria um médico prudente nas mesmas condições. Se procederia da mesma forma, não haveria responsabilidade. Contra-argumenta Kfouri Neto (2019), segundo o qual dita regra não afasta a singularidade da decisão, pois o fato de que outros também agiriam em desfavor do paciente não confirma que seja o certo[38]. Para Pontes

[36] Previsão do art. 14, §4º do CDC.

[37] "*Na apreciação concreta da atuação profissional médica, devem os magistrados observar, detidamente, o contexto em que se desenvolveu a intervenção-condições gerais de hospital, meios colocados à disposição do médico, possibilidade de obtenção de exames complementares-, de molde a se estabelecer, com razoável grau de certeza, a conduta recomendável, naquelas circunstâncias, e o eventual desvio por imperícia, imprudência ou negligência atribuível ao médico. Sopesando-se as condições anteriores do paciente, a conduta médica e a consequência danosa, estabelecer-se-á a culpa*." (KFOURI NETO, 2019, p. 395-396).

[38] "*É difícil definir o que seja um médico prudente. Há casos que requerem um médico audacioso, sem ser ignorante, nem imprudente. Não raro, a timidez, a hesitação, a prudência, revelam imperícia, contribuem para o agravamento do mal, constituem culpa*". KFOURI NETO (2019, p. 106)

de Miranda os casos de justificada falta médica são bem restritos aos de culpa exclusiva da vítima em omitir informações[39].

Profundas questões políticas e sociais encontram-se por detrás de uma maior ou menor proteção ao paciente. Há diferenças significativas entre sociedades e, ainda, alterações que ocorrem em um mesmo país ao longo do processo histórico. Pode-se inclusive observar ciclos em que a balança pende mais para um lado e vice-versa. Não há que se falar em evoluções ou involuções, visto que, são dois lados de uma mesma moeda.

Na avaliação de Kfouri Neto (2019), em regra a magistratura pátria tem sido bastante condescendente com médico no que se refere à imputação da culpa[40]. A compreensão da abordagem jurisprudencial atual é um dos fatores que se busca com a pesquisa empírica deste trabalho.

Seguindo o fluxo de informações, tem-se o processo de comunicação ao paciente. Neste caminho surgem questões novas. Em especial devido à grande discrepância de conhecimento usual entre as partes envolvidas, dificuldades em se utilizar uma linguagem comum e ruídos na comunicação. Frequentemente, tais problemas levam o paciente a um entendimento bastante diferente do médico.

Na situação ideal, o paciente encontra-se pronto para uma escolha livre de coação e esclarecida. O conjunto de elementos de informação absorvidos pelo paciente, em conjunto com suas demais experiências, levam-no por processo

---

[39] "*O dever de indenização pelo médico só se pré-exclui se o lesado omitiu, dolosa ou negligentemente, o evitamento do dano, que ele poderia evitar, e a causa não era do conhecimento, ou não tinha de ser do conhecimento do médico*". (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 438)

[40] "*No Brasil, para que o ressarcimento do dano oriundo da culpa médica se torne mais frequente, é mister que nossos juízes e tribunais amenizem as exigência para aferição da culpa e verificação do nexo de causalidade*". (KFOURI NETO, 2019, p. 107)

cognitivo próprio a tomar decisão de concordar ou não com a intervenção sugerida pelo médico.

Definido o tratamento, as condições envolvidas, todos os elementos de informação relevantes para ele, são positivados no usualmente já previamente formatado termo de consentimento informado. Trata-se do instrumento que, objetivamente traz segurança jurídica à relação do médico com o paciente e permitirá que o profissional atue com a liberdade da técnica sobre o corpo de outrem. No entanto, a despeito de sua vital importância, não se pode ignorar completamente que frequentemente há dissonâncias entre seu conteúdo e as informações subjetivamente disponível na estrutura cognitiva do paciente.

4.2 A verificação da responsabilidade

Em regra, o médico responsabiliza-se em agir com diligência, cuidado e presteza para a cura do paciente. Assume, desta feita, um compromisso com a aplicação dos meios ao seu alcance para tanto. (AGUIAR JR, 1995) Portanto, falta sustentação em qualquer pretensão de considerar peso indenizatório sobre os profissionais em razão do sucesso ou não do que se desejava alcançar com a intervenção. Em especial sob a vertente do dever de informar, o sucesso ou insucesso da cura não é relevante, conforme se verifica na Figura 2 - Execução e responsabilização.

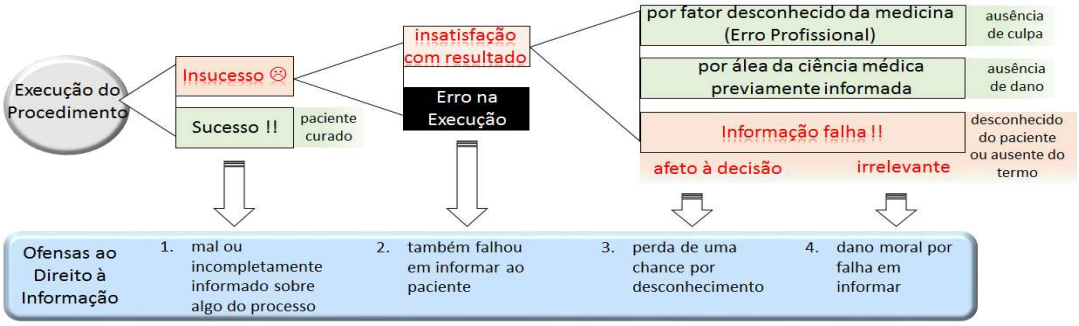


Figura 2 - Execução e responsabilização - fonte própria

A primeira situação em análise é aquela em que, realizado o procedimento, atinge-se sucesso nos resultados. Em primeira vista, não há dano ao paciente, cuja saúde fora satisfatoriamente recuperada. Incabível, portanto, qualquer pretensão do profissional ser chamado a responder por algo, face falta deste elemento fundamental da responsabilização. No entanto, sob o ponto de vista da abordagem deste trabalho, o direito à informação e a se autodeterminar, pode-se experimentar dano ao paciente. De maior relevância são situações em que o médico dera seguimento a procedimento diverso do acordado ou autorizado. Na figura, ofensa 1 ao direto à informação.

Em abordagem histórica do direito alienígena *common law*, Kfouri Neto (2019) propriamente apresenta casos norte-americanos de condenações pelo simples fato do médico desrespeitar o direito do paciente de se autodesignar. Em Mohr v. Williams, datado de 1905, utilizado por mais de século como referência sobre o tema, tem-se condenação de médico que, após verificar necessidade de operação em ouvido diverso do autorizado, procedeu com sucesso à intervenção não autorizada. O caso Schloendorff v. Society of New York Hospital, refere-se a sentença prolatada em 1914 condenando médico que extraíra, com vedação expressa da paciente para que o fizesse, tumor posteriormente identificado como fibroma, durante procedimento autorizado de coleta de amostra para diagnóstico realizado em paciente com reclames de dores abdominais. Destaca ainda o autor o primeiro grande marco do consentimento, o reconhecimento de sua indispensabilidade, ocorrido após a segunda grande guerra. Fruto da repulsa aos experimentos com seres humanos, a comunidade internacional atribui ao termo de consentimento um significado de proteção do indivíduo contra as intervenções Alemãs indevidas durante a guerra.

Na doutrina pátria, a obrigatoriedade de indenizar violação ao direito à informação independentemente de dano advindo do procedimento médico em si faz parte das conclusões da tese de doutorado do Professor Bergstein na USP[41].

Diferentemente do sucesso, da cura, a intervenção médica pode resultar em insucesso. Uma das primeiras situações identificadas é a ocorrência de erro na execução. Gera-se, como consequência, responsabilidade do profissional. Para além desta, persiste a possibilidade da concomitante violação do dever de informar.

Nas situações de insatisfação, excluindo-se erro na execução, há possibilidade da causa ser completamente desconhecida da ciência médica. Sendo totalmente imprevisível, seria por demais imputar responsabilidade ao profissional. Como visto, sua responsabilidade é de meio e agiu em conformidade com os meios disponíveis na ciência médica.

No entanto, ocorrendo insatisfação por fator conhecido da medicina, tem-se duas situações possíveis. Na primeira delas, o resultado alcançado fora previamente devidamente esclarecido ao paciente e este tinha consciência da sua possibilidade. Neste caso, em um ambiente honesto e transparente, não há demanda. Na casuística da realidade dos fatos, cabe ao magistrado concluir pela não responsabilização do profissional que agiu cumprindo com suas obrigações de informar.

O último dos possíveis resultados da intervenção médica traz os maiores potenciais de dúvidas quanto à identificação da realidade fática. Trata-se de uma insatisfação que surpreendeu o paciente. Nos esclarecimentos prévios prestados pelo médico, não se cogitara a possibilidade do resultado desgostoso a que se chegou. E

[41] "*Enfim, investigou-se a questão fulcral quanto à natureza do dever de informar na relação médico-paciente, concluindo ser ele autônomo, capaz de gerar responsabilização do médico independentemente de haver ou não dano decorrente da prestação relacionada ao cuidado de saúde - tradicionalmente entendida como ´principal´ no âmbito desta relação.*" (BERGSTEIN, 2012, p. 254)

ainda, verifica-se em análise *post factum* a existência de previsibilidade, ainda que remota, do fato.

Kfouri Neto (2019) traz dois casos paradigma do direito alienígena que serviram como referência para o que ficou conhecido como o segundo marco do consentimento. No primeiro deles, Canterbury v. Spence, de 1972, uma cirurgia de hérnia de disco em um garoto resultou em paralisia de metade do corpo. Absolvido de qualquer falha no procedimento, o médico foi condenado por não informar o paciente a respeito deste risco e violar seu direito de autodeterminação.

No outro, Sidaway v. Governors of Bethlem Royal Hospital, sentença de 1985, utilizou-se de avaliação de junta médica para determinar se consideram necessário e mesmo adequado que o cirurgião neurológico tivesse abordado nas consultas que antecederam o procedimento, risco de 1 a 2% de paralisia facial. Os colegas de profissão concluíram que o médico, em razão de seu amplo conhecimento e especialização na área, estava em melhores condições para decidir o que seria melhor para o paciente e avaliar o baixo grau de risco envolvido. Consideraram, ainda, impossível abordar-se detalhes técnicos a respeito de todos os riscos sem sobrecarregar e aguçar medos descabíveis no paciente. Galán Cortês (2001 apud KFOURI NETO, 2019) apresenta severas críticas em razão de considerar inadmissível tal visão paternalista, incabível que alguém se acoberte da busca dos melhores interesses de outrem para justificar uma violação ao seu direito de se autodeterminar.

Frente à surpresa do resultado indesejado a que se chegou, identificam-se dois possíveis danos a depender dos efeitos da falha no informar. Se, em uma avaliação do homem médio, com o conhecimento da novidade, a decisão sobre o tratamento fosse divergente da tomada, cabe demanda por indenização dos danos materiais (com aplicação da teoria da perda de uma chance) e danos morais (pela ofensa ao direito à informação), na figura representado pela ofensa 3. No caso de um suposto homem médio decidir-se pelo mesmo tratamento aplicado, estando de posse

da informação faltante, tem-se ofensa somente ao direito à informação e consequente dano moral, na figura a ofensa 4 ao direito à informação.

Completa-se, assim, uma formulação da responsabilidade e excludentes que recaem sobre o médico na lida com o dever de informar e garantir a livre e consciente autodeterminação do paciente.

5 METODOLOGIA UTILIZADA NA INVESTIGAÇÃO EMPÍRICA

As investigações empíricas deste trabalho seguiram por meio da busca de lides relacionadas ao tema nos tribunais do país. Selecionou-se, com auxílio da ferramenta "RT Online", decisões em 2019 contendo "erro médico" e as palavras-chave "autodeterminação", "direito à informação" e "termo de consentimento".

Desta feita, a presente pesquisa desenvolve-se pelo método qualitativo, na modalidade de pesquisa documental. O tipo de estudo sobre os documentos levantados enquadra-se naquilo que se denomina estudo de casos, em face da diversidade numérica e rasa imersão nas narrativas e demais artefatos dos casos analisados.

Para a busca inicial, segue-se Sampieri (2013)*:* escolha de contexto em que se espera encontrar casos que interessem.[42] Modelo de amostragem teórica ou conceitual, esclarecida pelo autor como escolhida em razão de possuírem atributos contributivos da construção da teoria em desenvolvimento.[43]

---

[42] "*As primeiras ações para escolher a amostra acontecem a partir da própria formulação e quando selecionamos o contexto, onde esperamos encontrar os casos que nos interessam.*" (SAMPIEIRI *et al*., 2013, p.403)

[43] "[...] *quando o pesquisador precisa entender um conceito ou teoria pode criar amostras de casos que o ajudem nessa compreensão. Ou seja, as unidades são escolhidas porque possuem um ou vários atributos que contribuem para o desenvolvimento da teoria*." (SAMPIEIRI *et al,* 2013, p. 408)

A definição do filtro da busca deu-se na sequência com a fixação terminológica e temporal. Buscou-se um tamanho de amostra que permitisse identificar uma quantidade de casos suficientes em cada situação de ofensa ao direito à informação, compondo amostra com tamanhos recomendados por Roberto Sampieri (2013) para estudos de caso, mínimos na faixa entre e seis a dez.

O modelo teórico do fluxo de informações no atendimento médico e consequente responsabilização do profissional serviu de base para avaliar o enquadramento dos casos encontrados na teoria revisada neste trabalho.

6 ANÁLISE DOS DADOS E RESULTADOS

Após exclusão dos casos fora do escopo de análise deste trabalho chegou-se a uma amostra total com 134 acórdãos oriundos dos tribunais de seis estados (MG, PR, RJ, RS, SC e SP), sendo somente deste último em número (76 casos) significativamente superior aos demais.

Avaliação geral mostrou ausência de tendência das decisões em direção aos médicos (53% dos casos) ou aos pacientes (47%). Em regra, o equilíbrio foi espelhado nos tribunais isoladamente. Excetuam-se o do RJ, onde constatou-se um número maior de decisões em benefício dos pacientes (70% dos 10 caso) e o de SC com número maior de decisões a favor dos médicos (67% dos 12 casos).

As informações prestadas pelo médico foram enquadradas como boa, média e ruim. Em 88,7% das decisões favoráveis aos médicos as informações prestadas foram de boa qualidade. E, ainda, em 85,7% dos casos com ganho pelo paciente, as informações eram ruins ou genéricas demais. Constatando-se, significativo peso das informações prestada ao paciente no resultado das lides.

A qualidade dos termos de consentimentos foi classificada em boa, média (genéricos) e ruim (inexistente ou similar). Percebe-se nitidamente na amostra que a

qualidade dos consentimentos foi majoritariamente boas (76% dos casos) nos casos com decisão favorável ao médico. Na mesma linha, em 68% das decisões favoráveis aos pacientes a aprovação formal era ruim ou genérica. Revelando a importância de uma documentação adequada da vontade do paciente.

Na totalidade das condenações dos médicos verifica-se a concomitante indenização por danos morais. Incluindo-se valores relativos a danos estéticos, os montantes variaram de R$ 10.000,00 a R$ 40.000,00.

As demandas foram classificadas em razão do serviço prestado. Constatou-se nos pronto-atendimentos uma tendência a resultados positivos aos médicos (7 dos 8 casos), principalmente por ausência de nexo, atuação correta e não responsabilização de erro no diagnóstico.

Situação semelhante foi observada em cirurgias gerais (60% dos 60 casos), por se tratar principalmente de risco do procedimento e, acima de tudo, o uso de termo de consentimento em conjunto com boas informações prestadas. E, ainda, nos casos relacionados a planejamento familiar (10 dos 16 casos favoráveis ao médico), constata-se bons termos de consentimento e informações prestada, além de um entendimento de que seja do conhecimento geral a falibilidades dos métodos contraceptivos.

Em sentido oposto, *prima facie* em razão da obrigação de resultado, tem-se um maior número de sentenças em favor do paciente nos casos de procedimento estético (30 dos 48 casos). Por um lado, percebe-se nitidamente que os casos em que o médico obteve decisão favorável referem-se massivamente a situações de reações adversas do organismo dos pacientes em que se atentou a corretamente informá-lo dos riscos e colher consentimento. A exemplo, cita-se a formação de queloide, verificada em várias demandas, especialmente nos tratamentos estéticos. O resultado é entendido como uma hipereação da pele no processo de cicatrização que nada tem de relação com o procedimento cirúrgico. Por outro lado, nos casos de condenação,

mesmo tratando-se de risco do procedimento, identifica-se falhas em informar. Em regras, nas condenações relacionadas aos procedimentos estéticos tem-se informações prestadas de forma incompleta e termos de consentimento falhos ou genéricos.

Em aproximadamente metade (34 dos 63) casos de condenação do médico houve reconhecimento de efetivo erro no procedimento. Entretanto, na outra metade, a condenação ocorreu por conta de falha no dever de informar, destacando a importância do direito à informação e à autodeterminação para os tribunais. Em 42,9% dos casos em que o paciente obteve êxito na sua demanda, o tribunal entendeu que este sofreu lesão no seu direito de se autodeterminar, por não ser informado de algo. Seja a informação decisiva para a tomada de decisão (ofensa 3 no modelo teórico construído neste trabalho) ou não (ofensa 4).

Deparou-se na amostra com dois casos de violação ao direito à informação em que fora realizado procedimento não autorizado (identificado como ofensa 1 no modelo). O primeiro deles (ApCiv 1009600-66.2016.8.26.0002/TJSP) refere-se a procedimento de redução dos pequenos lábios vaginais em que o réu fora condenado por retirar em adicional o capô do clitóris sem o devido consentimento prévio. No segundo caso (ApCiv 0182165-60.2010.8.26.0100/TJSP) o cirurgião foi condenado por promover histerectomia (extração dos ovários e útero da autora) sem autorização, sob pretexto de afastar a possibilidade de desenvolvimento de câncer nesses órgãos, enquanto a autora acreditava estar sendo submetida a cirurgia para solução de problema circunscrito à incontinência urinária que a acometia.

CONCLUSÕES

Constata-se que a proteção ao direito do paciente ser adequadamente informado e se autodeterminar é considerada pelos Tribunais com peso superior ao

originalmente esperado pelos autores. O sentimento, comum entre os profissionais do direito, de que o médico conta com a condolência dos julgadores e de que sua condenação é rara não se aplica aos casos em que o dever de informar é considerado na demanda.

As proteções específicas ao direito à informação parecem equilibrar a balança da relação, comumente vista como desigual. Acredita-se isto explique a divisão quase equânime no resultado geral das demandas na amostra analisada. Fica mais evidente quando se observa, de um lado, a eleva incidência de reconhecimentos ao paciente quando foi mal informado e, de outro, uma refuta em condenar o médico quando comunica-se adequadamente com o paciente e toma os devidos cuidados documentais.

Embora de proporções bem reduzidas, os casos em que os autos demonstram ausência de comprovação por parte do médico de que cumpriu com seus deveres de informar e ainda assim não fora condenado, chamam a atenção. Cabendo, portanto, expressar o percebido pelos autores ao analisar a amostra. Identificou-se, em regra, situações em que os julgadores entendem que não seria possível o paciente estar desinformado e outras em que há ausência de nexo causal. Apesar do desconforto inicial com estas interpretações dos julgadores, verificou-se com satisfação que tais situações, ausência de nexo e ausência de dano, encontram-se presentes no modelo teórico de responsabilidade construído neste trabalho e em sintonia com o verificado na prática, são situações efetivas de não responsabilização.

Em síntese os resultados obtidos com a avaliação dos casos na amostra foram de relevante valia para o entendimento do posicionamento atual dos tribunais com respeito ao direito à informação, serviu como validação do modelo teórico e atingiu-se a grata comprovação da relevância com que se considera a autodeterminação daquele que se encontra com sua saúde debilitada.

REFERÊNCIAS

Livros

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 3ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KFOURI NETO, Miguel**. Responsabilidade civil do médico**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado LIII**. 3. ed. reimpressão. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, José Roberto de Castro. **Dicionário de princípios jurídicos** / Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flavio Galdino, organizadores; Silvia Faber Torres, supervisora. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PEREIRA, André Gonçalo Dias**. O consentimento informado na relação médico paciente -Estudos de Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

RODRIGUES, João Vaz. **Consentimento Informado Para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Portuguê**s. Coimbra: Editora Coimbra. 2001.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil médico & erro de diagnóstico**. 1. ed. (ano 2002), 9 reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil** – Vol. 4, 14ª ed. **-** São Paulo: Atlas, 2014.

ZATZ, Mayana. **Genética - escolhas que nossos avós não faziam**. São Paulo: Globo, 2011.

Livro Digital

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo. Saraiva 2013. Não paginado. Arquivo Kindle.

COUTO, Camargos, R., PEDROSA, Grillo, T. M., CUNHA, Araújo, A. F., AMARAL, Débora**. Infecção Hospitalar e Outras Complicações Não-infecciosas da Doença - Epidemiologia, Controle e Tratamento**, 4ª edição. Rio de Janeiro; Guanabara Koogan, 2017. 978-85-277-1967-4. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-277-1967-4/. Acesso em: 01/05/2020.

FERNANDES, B. **Gestão Estratégica de Pessoas**. Rio de Janeiro; Eselvior Editora Ltda, 2013. 9788595154315. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595154315/. Acesso em: 28/04/2020.

FRANÇA, Veloso, G. **Direito Médico**. Rio de Janeiro; Forense, 2020. 9788530988937. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988937/. Acesso em: 28/04/2020.

GONÇALVES, Roberto, C. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. 15ª ed. São Paulo; Saraiva Educação, 2020. 9788553615957. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615957/. Acesso em: 16/05/2020.

KASPER, Dennis. **Medicina Interna de Harrison**. 19ª Ed. Disponível em: http://paginas.grupoa.com.br/harrison19ed/Grupo-A-%20Capitulo%20Degustacao-Harrison-2016.pdf. Acessado em 16/05/2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil**, 6ª edição. Rio de Janeiro; Forense, 2016. 9788530968724. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968724/. Acesso em: 16/05/2020.

NEMETZ, Luiz Carlos. **Manual de Medicina Defensiva: Os Dez Mandamentos para Evitar Acusações de Má Prática Médica; Como Agir Diante de uma Acusação**. Blumenau. TopGesto Editora. 2014. Não paginado. Arquivo Kindle.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo; Saraiva Educação, 2019. 9788553607532. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607532/. Acesso em: 06/05/2020.

SAMPIEIRI, H., Roberto, COLLADO, Fernández, C., LUCIO, B., Pilar, M. D. **Metodologia de Pesquisa**. São Paulo; McGrawHill, 2013. 9788565848367. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788565848367/. Acesso em: 07/05/2020.

TARTUCE, Flávio**. Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual - Vol. Único**. Rio de Janeiro; Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. 9788530989712. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989712/. Acesso em: 16/05/2020.

Legislação

BRASIL, ANVISA. **Plano Nacional para a Prevenção e o Controle da Resistência Microbiana nos Serviços de Saúde**. Brasília, DF. 15 Mai 2017. Disponível em: https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.ccih.med.br/wp-content/uploads/2017/11/Plano-Nacional-para-a-Preven%C3%A7%C3%A3o-e-o-Controle-da-Resist%C3%AAncia-Microbiana-nos-Servi%C3%A7os-de-Sa%C3%BAde.pdf&hl=pt_BR acessado em 30/04/2020.

BRASIL, Lei n° 10.406, de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil. Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 Jan 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acessado em 04/05/2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. DF: 05 out 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 04/05/2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica. Diário Oficial da União**. Brasília, 27 set 2018. Disponível em https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf. Acesso em 27/04/2020.

BRASIL. Lei nº 3.268/1957. **Diário Oficial da União**. Brasília. DF: 30 set 1957. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm. Acessado em 27/04/2020.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acessado em 04/05/2020.

PARANÁ. Resolução SESA 188/2017. **Diário Oficial do Estado do Paraná**. Curitiba. 10 Mar 2017. Disponível em: http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/---_Resolucoes2017/188_17.pdf acessado em 23/04/2020.

PARANÁ. Resolução SESA 299/2017. **Diário Oficial do Estado do Paraná**. Curitiba. 17 Mai 2017. Disponível em: http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/REsolucao299_17PlanoEstadualIRAS acessado em 23/04/2020.

Publicações Digitais

AGUIAR JR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**. vol. 718. p. 33-53. Ago/1995. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000172015321e8b1a859ee&docguid=Ic17bb990f25411dfab6f010000000000&hitguid=Ic17bb990f25411dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=23&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acessado em: 09/05/2020.

BERGSTEIN, Gilberto. **Os Limites do Dever de Informação na Relação Médico-Paciente e sua Prova.** Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-144339/pt-br.php. Acessado em 16/05/2020.

BRASIL. CNJ. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos.** Edição digital. Publicado em: 18/03/2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/. Acessado em: 22/04/2020.

BRASIL. CNJ. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros. Acessado: 10/05/2020.

BRASIL. CNJ. **Relatório Analítico Propositivo - Justiça Pesquisa - Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-

content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf. Acessado em 10/05/2020.

FIORAVANTI, Carlos. Um Diagnóstico do Erro Médico – estudos recentes dimensionam as falhas das equipes de hospitais e mostram como superá-las. **Revista PESQUISA FAPESP**, no 287, jan/2020, p. 58. Disponível digitalmente em: https://revistapesquisa.fapesp.br/2020/01/02/folheie-a-edicao-de-janeiro-de-2020/. Acessado em: 22/04/2020.

PARANÁ. Secretaria de Estado de Saúde. **Boletim Informativo Avaliação dos Indicadores Estaduais das Infecções Relacionadas à Assistência à Saúde, Resistência Microbiana e Consumo de Antimicrobianos no Paraná, notificados no Sistema Online de Notificação de Infecções Hospitalares (SONIH) de janeiro a junho de 2018**. 12 Dez 2018. Disponível em: http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/BOLETIMSONIH_JAN_JUL_2018.pdf. Acessado em 23/04/2020.

SÃO PAULO. CREMESP. **Guia da Relação Médico-Paciente**. 2001. Disponível em https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=11. Acessado em 16/05/2020.

SÃO PAULO. CREMESP. **Guia da Relação Médico-Paciente**. 2001. Disponível em https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=13. Acessado em 16/05/2020.

SANTA CATARINA. CREMESC. **Manual de Orientação Ética e Disciplinar**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/regional/crmsc/manual/parte3e.htm. Acessado em 16/05/2020

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **CFM apresenta o novo Código de Ética Médica que entra em vigor no dia 30 de abril**. Publicado em 24/04/2019 às 10:51h. Disponível em: https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/cfm-apresenta-o-novo-codigo-de-etica-medica-que-entra-em-vigor-no-dia-30-de-abril/. Acessado em: 30/04/2020.

SZTAJN, Rachel e MARCHI, Maria matilde. **Autonomia e Heteronomia na Relação entre Profissional de Saúde e Usuário dos Serviços de Saúde**. **Tese para concurso público de provimento ao cargo de Professor Titular do Departamento de Direito Civil da FADUSP**. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/322/390 Acessado em 10/05/2020.

SZTAJN, Rachel. A responsabilidade civil do médico: visão bioética. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 36, n. 108, p. 7-15, 1997. Disponível em https://repositorio.usp.br/item/000986240. Acessado em 16/05/2020.

World Health Organization. **WHO recommends 29 ways to stop surgical infections and avoid superbugs**. Geneva. 3 November 2016. Disponível em https://www.who.int/news-room/detail/03-11-2016-who-recommends-29-ways-to-stop-surgical-infections-and-avoid-superbugs acessado em 29/04/2020.

REVISTA DIREITO FAE

O ART. 28 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO COMO UMA NECESSÁRIA RELEITURA DO ART. 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE ARTICLE 28 OF THE INTRODUCTION TO THE BRAZILIAN LEGAL STANDARD ACT AS A NECESSARY REVIEW OF THE ARTICLE 10 OF THE ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW

Grazielle GRUDZIEN[1]

Maria Isabelle de Carvalho APPEL[2]

Daniel MÜLLER MARTINS[3]

RESUMO

É incontroversa a existência de um contexto de insegurança jurídica para o administrador público na gestão da coisa pública, de modo que foram suscitadas alterações na LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), por meio da edição da Lei nº 13.655/2019, intentando promover maior segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Considerando esta inovação legislativa, objetiva-se estudar o efeito jurídico deflagrado pelo art. 28 deste diploma legal na modalidade culposa de ato de improbidade administrativa lesivo ao Erário, previsto no *caput* do art. 10 da Lei nº 8.429/1992. Para tanto, procede-se à metodologia de pesquisa

[1] Bacharel em Direito pela FAE Centro Universitário. E-mail: grazigrudzien@hotmail.com

[2] Bacharel em Direito pela FAE Centro Universitário. E-mail: mariaisabelle.appel@hotmail.com

[3] Professor de Direito Administrativo e Direito Econômico na FAE Centro Universitário e na FAE Business School. Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Advogado. E-mail: daniel.martins@fae.edu

bibliográfica e documental, sendo os dados obtidos tratados de forma qualitativa. Desse modo, adotando-se a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, é possível aferir que esta ordem é pautada no princípio da unicidade, cujo teor dispõe a necessidade de que haja coerência na determinação do sentido e alcance de normas que a integram, dado o dinamismo histórico-social que lhe é inerente. Sob essa perspectiva, extrai-se que a LINDB possui aplicação em todo o sistema jurídico vigente, preceituando parâmetros hermenêuticos na aplicação do Direito Público, inclusive - e sobretudo - na Lei de Improbidade Administrativa. De tal análise, observa-se que o art. 28 da LINDB determina, necessariamente, uma releitura do art. 10 da LIA, permitindo concluir que a responsabilização pessoal do agente público por ato ímprobo lesivo ao erário deve estar permeada, minimamente, pelo erro grosseiro (culpa grave).

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade do Agente Público; Lei nº 8.429/1992; Lei nº 13.655/2018; Interpretação Sistemática; Erro Grosseiro.

ABSTRACT

It is uncontroversial the existence of a juridic insecurity context to the public administrator in the management of the public affairs, therefore, amends were raised in the LINDB (Decree-Law 4.657/1942 - Introduction Act to Brazilian Law Rules), through the edition of the act 13.655/2019, in view of the promotion of legal certainty and efficiency in the creation and application of the public law. Regarding this legislative innovation, the aim of this research is to study the juridic effect triggered by the article 28 of this legal diploma in the misconduct category of an act of administrative improbity, injurious to the public treasury, under the article 10, *caput* of the law 8.429/1992. To this purpose, the bibliographic and documentary research methodology is used, and the obtained data is analysed by a qualitative method. Adopting the systematic interpretation of the legal system, it is possible to conclude

that this order is based on the uniqueness principle, which the content reveals the need for coherence in the determination of sense and reach of standards that integrate it, given the historic-social dynamism that is inherent to it. From this perspective, it is established that LINDB has application in all current legal system, providing hermeneutic parameters in the application of the Public Law, including - and especially - in the Administrative Improbity Law (LIA). From this analysis, it is observed that the article 28 of LINDB determines, necessarily, a reinterpretation of the article 10 of the LIA, enabling the conclusion that the personal accountability of a public agent for an unreasonable injurious act to the public treasure must be permeated, at least, by gross negligence (serious misconduct).

KEY WORDS: Act 8.429/1992; Act 13.655/2018; Systematic Interpretation of the Legal System; Serious Misconduct.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa acadêmica pretende estudar o efeito trazido pelo art. 28 da Lei nº 13.655/2018 (Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) ao *caput* do art. 10 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), notadamente no que diz respeito à modalidade culposa de conduta ímproba de lesão ao Erário. Para tanto, será empregada a modalidade de pesquisa bibliográfica e documental, sendo os dados coletados tratados qualitativamente[4].

As reflexões aqui pretendidas são necessárias em decorrência da incipiente discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito das imbricações interpretativas do

[4] GERHARDT, Tatiana Engel. SILVEIRA, Denise Tolfo. *Métodos de Pesquisa*. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil (UAB/UFRGS) e pelo Curso de Graduação Tecnológica - Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, fl. 35. Disponível em <http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf.>. Acesso em 11/05/2020.

art. 28 LINDB e seu contraste gerado na responsabilidade pessoal do agente público. Além disso, revela-se importante esta pesquisa em razão do patente efeito prático trazido pela novel legislação, diante da tentativa de mitigar a insegurança jurídica experimentada pelos administradores públicos na tomada de decisão administrativa. Ainda, como consectário lógico da reflexão anterior, a definição das hipóteses de responsabilização pessoal do agente público permite a valorização de um ambiente fértil à inovação e eficiência, protegendo a boa-fé daquele que age com vistas ao interesse público.

Analisa-se, na primeira parte, o contexto do acentuado controle dos atos decisórios dos administradores públicos pelos órgãos de controle, cuja ocorrência se deve, em grande parte, pela aplicação leviana da LIA. Isto decorre, por primeiro, pela ausência de um conceito fechado do que consiste a improbidade administrativa; por segundo, pela tipificação aberta das condutas hábeis a ensejar a responsabilização pessoal do agente público por ato de improbidade administrativa; e, por terceiro, pelo acentuado rigor inerente às sanções nela previstas, o que culmina no fenômeno de "*apagão das canetas*".

No mesmo tópico, são abordados, ainda, de forma bastante sintética, o elemento subjetivo exigido para a tipificação dos quatro diferentes gêneros de atos de improbidade administrativa - dentre os quais apenas o de lesão ao Erário pode ser perfectibilizado a partir do elemento subjetivo culposo.

Na segunda parte, discute-se o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da necessidade de configuração de culpa grave para o enquadramento no art. 10 da LIA. Ademais, é evidenciada a perspectiva de que o elemento subjetivo integra a tipificação da conduta ímproba, não podendo ser alocado exclusivamente para fins de dosimetria das sanções.

Traçadas tais perspectivas gerais, pretende-se ainda demonstrar que os critérios de solução de antinomia jurídica não são hábeis a refletir, em sua inteireza,

os efeitos propiciados pelo art. 28 da LINDB no art. 10 da LIA. Assim, valendo-se de panoramas hermenêuticos - em especial, a interpretação sistemática -, busca-se concluir pela necessidade de se realizar uma releitura quanto à responsabilização pessoal do agente público, nos termos da Lei nº 8.429/1992.

A análise central a respeito da interpretação sistemática consiste na observância do papel da LINDB no ordenamento jurídico brasileiro (que se afigura como uma norma sobre normas); no exame das finalidades da Lei nº 13.655/2018, com enfoque na segurança jurídica e eficiência da aplicação do direito público; e, por fim, na observância que a LIA não está alheia às influências internas da ordem jurídica, e tampouco às externas, próprias da transformação histórico-social (dinamismo social).

Por fim, examinam-se as nuances da conclusão atingida no tópico anterior em relação ao particular que induza, concorra ou se beneficie do ato de improbidade - de lesão ao Erário - praticado pelo agente público. Para tanto, são analisadas as perspectivas de que o terceiro apenas responde por ato de improbidade quando atue em concorrência com o agente público e que a LIA se volta, essencialmente, a punir aquele que legitimamente atua em nome da administração pública.

1 Considerações iniciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429 de 1992): concretização do artigo 37, §4º da CRFB/1988, elementos subjetivos dos atos de improbidade administrativa e o rigor do regime jurídico sancionador

Na gestão da coisa pública, por diversas vezes, o âmbito público e o privado se confundem em virtude da atuação do administrador público, o qual - por questões

atinentes ao despreparo, à inabilidade e, até mesmo, à desonestidade - foge às finalidades próprias de um Estado Democrático de Direito[5]. Os mecanismos de controle (judicial e administrativo) dos atos praticados pelos agentes públicos são instrumentos imprescindíveis à própria preservação dos fins republicanos (art. 3º da Constituição da República de 1988).

Irene Patrícia Nohara preleciona que o controle da Administração Pública "*envolve um conjunto de mecanismos que permitem a vigilância, a orientação e a correção da atuação administrativa quando ela se distancia das regras e dos princípios do ordenamento jurídico*"[6]. Assim sendo, o agir administrativo deve ser orientado pelo princípio da juridicidade, cujo conteúdo estabelece a estrita vinculação do administrador público aos elementos estruturantes do sistema jurídico brasileiro, em especial às normas axiológicas de *status* constitucional - as quais devem irradiar e determinar, por sua vez, o alcance e o sentido de toda a normativa infraconstitucional[7].

---

[5] De acordo com Karl Loewenstein "*sendo a natureza humana como é, é descabido esperar que o detentor ou os detentores do poder sejam capazes, por autolimitação voluntária, de libertar os destinatários do poder e a si mesmo do trágico abuso do poder*", LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1983. p. 28 e 149. Citado por SEGATO, Vitória Pedruzzi. *Composição dos Tribunais de Contas Brasileiros: O Sistema de Nomeação de Conselheiros e Ministros em Xeque*. Tese de mestrado em Direito. Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p 16. 2019.

[6] NOHARA, Irene Patrícia. *Controle da Administração Pública*. Publicado em 01/11/2019. Disponível em <https://direitoadm.com.br/controle-da-administracao-publica/:> Acesso em 01/09/2020.

[7] A juridicidade administrativa pode tanto determinar a conjugação direta da normatividade constitucional ao agir administrativo, como pode justificar a atuação administrativa decorrente da vinculação estrita às leis e aos demais instrumentos normativos impositivos do agir da Administração Pública, desde que nos limites formais, procedimentais e substanciais da Constituição. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008. P. 142. Citado por CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. CATARINO, João Ricardo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo e a juridicidade administrativa: Um estudo sobre o caso Brasileiro e Português.* Revista Jurídica Portucalense. N.º 17. Volume 2. 2015. P. 99.

Desvinculando-se do positivismo puro[8], em decorrência da constitucionalização do Direito Administrativo, a atividade pública passa a se pautar e obedecer não somente ao preceito da estrita legalidade, como também, em concomitância a este, aos princípios da impessoalidade, publicidade, eficiência e moralidade[9].

Para a discussão pretendida na presente pesquisa científica, o princípio da moralidade administrativa ganha especial relevo, na medida em que se afigura como um filtro para a análise da correspondência do ato público administrativo para com os princípios, objetivos e finalidades inerentes à gestão da coisa pública. Por este ângulo, Rogério Gesta Leal discorre, reportando-se aos ensinamentos de Umberto Fragola, que o preceito jurídico da moralidade administrativa se transpõe como uma baliza para o estabelecimento de regras de conduta aplicáveis ao administrador público, devendo este aferir - quando da tomada de decisão - o acatamento aos elementos constitutivos do ato administrativo, bem como a eficácia e eficiência no que tange às suas consequências e à adequação com a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional[10].

Como consequência de ambos os preceitos, impõe-se ao administrador público "*como forma substancial de sua atividade, o dever de boa administração e a prática da probidade administrativa, derivada do interesse público e o código de ética da relação jurídica entre o servidor público e a Administração*"[11]. Deste modo, tem-se

---

[8] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. CATARINO, João Ricardo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo e a juridicidade administrativa: Um estudo sobre o caso Brasileiro e Português.* Revista Jurídica Portucalense. N.º 17. Volume 2. 2015. P. 94.

[9] BRASIL, Constituição da República (1989), Capítulo VII - DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, art. 37, *caput*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

[10] LEAL, Rogério Gesta. *Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa*. A&C - Revista de Direito Administrativo & Direito Constitucional, jan./mar. 2014. Belo Horizonte, ano 14, n. 55. P. 99.

[11] TÁCITO, Caio. *Improbidade Administrativa como forma de corrupção*. Revista de Direito Administrativo. Out./dez. 2001. Rio de Janeiro, 226. P. 1.

que a má-gestão da coisa pública, qualificada pelo elemento volitivo do agente público, somada à gravidade de suas consequências, acarreta na prática de ato de improbidade administrativa[12] - o qual, em última análise, corresponde a uma atuação contrária à juridicidade, coadjuvada pela ausência de boa-fé do gestor público, distanciando-se da consecução do interesse público[13].

Com a finalidade de reprimir atos administrativos que se afastem da juridicidade e moralidade, o Poder Constituinte Originário atribuiu ao legislador infraconstitucional, por intermédio da inserção do art. 37, §4º à Constituição Cidadã, o dever de disciplinar, de maneira específica, os atos de improbidade administrativa. Tratando-se tal dispositivo constitucional de norma de eficácia limitada, foi editada a Lei nº 8.429 de 2 junho de 1992[14], que derrogou, em seu artigo 25, a Lei nº 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha) e a Lei nº 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto) - as quais se voltavam, sobretudo, à preservação da probidade, para o fim de coibir e sancionar o enriquecimento ilícito de agentes públicos[15].

Desse modo, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) configura-se, na ordem jurídica brasileira, como um instrumento de correção e controle da gestão da coisa pública, aprimorando-a e aproximando o administrador público à consecução do interesse público e, via de consequência, da moralidade administrativa[16]. Há de se

---

[12] SOARES, Marcos José Porto. Distinção entre corrupção, improbidade administrativa e má gestão da coisa pública. Revista dos Tribunais, set./2015, vol. 959. Direito Administrativo. P. 03.

[13] OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa.* São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 62, Citado por PORTO, Heloisa Rocha. EBERHARDT, Marcos. A possível banalização da Lei de Improbidade Administrativa. Revista PUCRS.

[14] Cujo preâmbulo elenca que a lei disporá "*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*".

[15] GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa.* Editora Saraiva. 9ª edição, 2017. p. 276 e 277.

[16] NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual.* 7.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. P. 02.

destacar, entretanto, que os atos ímprobos não implicam, impreterivelmente, na violação da moral administrativa, nem com ela se confundem, haja vista que podem abarcar, também, a transgressão de outras balizas do regime jurídico administrativo (tais como, eficiência, publicidade, honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, dentre outros)[17].

Com efeito, a Lei nº 8.429/1992 dispõe que os atos de improbidade administrativa se perfazem em quatro modalidades distintas, quais sejam, enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao erário (art. 10), concessão indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A) e, por fim, violação aos princípios da Administração Pública (art. 11). Para a configuração de tais atos, o legislador infraconstitucional elencou, como necessária, a aferição do elemento subjetivo doloso em todas as espécies ímprobas, ressalvando a possibilidade de culpa em relação às condutas que culminem danos ao Erário, enquadradas no art. 10 da LIA[18].

Para além do elemento subjetivo necessário à configuração do ato ímprobo, a Lei de Improbidade Administrativa, ao tipificar os atos reprováveis dos gestores públicos e de particulares (art. 3º da LIA), o faz utilizando um mecanismo legislativo não taxativo, deferindo, ao intérprete, um amplo campo para a interpretação e a subsunção do fato à norma. Em virtude da ausência de clareza e precisão na descrição dos tipos de ato de improbidade administrativa, remanesce um cenário de incerteza e de insegurança jurídica aos sujeitos ativos da imputação, haja vista o ajuizamento de Ações Civis Públicas de cunho temerário, aliado à disparidade nos julgamentos de casos análogos perante o Poder Judiciário, ensejando, assim, a banalização da utilização do referido instrumento legal.

[17] RIBEIRO, Francielle da Silva. PINTO, Rodrigo Serpa. *Lei nº 8.429/1992: uma breve análise sobre as suas características e particulares*. Rev. Controle, jan./jun. 2018, Fortaleza, v. 1, n. 1. P. 147.

[18] SANGA, Rodrigo Moreira. *O elemento subjetivo dos atos de improbidade administrativa.* Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2018. P. 39.

Quanto à problemática a respeito da tipificação aberta das condutas ímprobas, o Ministro (aposentado) do Superior Tribunal de Justiça Gilson Langaro Dipp e o advogado Rafael Araripe Carneiro, lecionam que:

> A banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial à administração pública, por resultar em nuvens de incerteza e suspeitas de desonestidade sobre todos os atos administrativos. E também é prejudicial à própria sociedade, pois se perde o referencial de má-fé dos atos efetivamente ímprobos, em diferença às irregularidades sem gravidade. Improbidade não é qualquer ilegalidade[19].

Tendo como parâmetro o disposto no §4º do artigo 37 da CRFB/1988, a Lei nº 8.429/1992 dispõe, em seu art. 12 e respectivos incisos, as espécies de sanções aplicáveis àqueles que incorrem na prática de qualquer uma das modalidades de ato de improbidade administrativa. Para tanto, são previstas as seguintes penalidades: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente - as quais, a depender do ato perpetrado pelo agente ímprobo, são agravadas em maior ou menor grau.

---

[19] DIPP, Gilson. CARNEIRO, Rafael Araripe. *Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos*. Revista Consultor Jurídico, 19 de março de 2017. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicial-todos. Acesso em 31/08/2020. No mesmo sentido: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Os vintes anos da Lei de Improbidade Administrativa*. Revista Consultor Jurídico, 06 de dezembro de 2012. Disponível em https://www.conjur.com.br/2012-dez-06/mauro-mattos-vinte-anos-lei-improbidade-administrativa. Acesso em 01/09/2020. FILHO, José dos Santos Carvalho (informação verbal). Disponível em http://instituto-brasileiro-de-direito-administrativo.rds.land/jose-dos-santos-carvalho-filho. Acesso em 10/08/2020. PORTO, Heloisa Rocha. EBERHARDT, Marcos. *A possível banalização da Lei de Improbidade Administrativa.* Revista PUCRS. P. 02. Em sentido contrário: GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa.* Editora Saraiva. 9ª edição, 2017. p. 291-296.

Até o ano de 2009, dada a redação do *caput* do art. 12 da LIA ser inconclusiva quanto à aplicação cumulativa das sanções cominadas, o Poder Legislativo - seguindo a tendência doutrinária e jurisprudencial[20] -, mediante a edição da Lei nº 12.120/2009, alterou sensivelmente a redação do mencionado dispositivo legal, possibilitando, assim, a aplicação isolada ou cumulativa, de acordo com a gravidade do fato, das penalidades previstas.

Por meio de tal alteração legislativa, pretendeu-se instalar, na interpretação da lei, maior proporcionalidade e razoabilidade no que tange à aplicação das sanções. Isto porque, na prática, a mera irregularidade cometida pelo administrador público inábil era equiparada, em sede de sancionamento, à conduta ímproba, delineada pela ausência de boa-fé. Como consequência, condutas enquadradas no mesmo tipo de improbidade administrativa, embora revelassem diferentes graus de culpabilidade do gestor público, recebiam sanções de igual rigor[21].

A despeito do avanço quanto à possibilidade de aplicação isolada das sanções, a referida alteração legislativa não se revelou suficiente para propiciar um ambiente jurídico seguro à atuação inovadora e criativa do administrador público de boa-fé. Porquanto, subsiste, ainda, o manejo irresponsável da Lei de Improbidade

[20] IKEZAKI, Evelin da Silveira Rosa. PINNA, Regina Maria. Aspectos da Lei de Improbidade Administrativa e os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Aplicação das Penas. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais. UnG. v.1, n.1, 2011 p. 42/43.

[21] Em sentido contrário, há autores que defendem que a alteração legislativa, promovida pela Lei 12.120/2009, deturpou a *mens legis* da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que a aplicação isolada das sanções não corresponderia ao anseio social, no sentido de reprimir rigidamente a corrupção, conforme SILVA, Bruno Pirrony. Duas Décadas de Lei nº 8.429/1992 e o retrocesso legislativo. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 36, p. 285-312 – Edição Especial 2011 e GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa.* Editora Saraiva. 9ª edição, 2017. p. 291-296.

Administrativa pelos órgãos de controle - o que é agravado pela textura aberta das tipificações dos atos ímprobos e o acentuado rigor da natureza da aplicabilidade das sanções.

2 APLICAÇÃO IMPRUDENTE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O ENGESSAMENTO DAS TOMADAS DE DECISÃO NA GESTÃO DA COISA PÚBLICA E NECESSIDADE DE INSERÇÃO NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO BRASILEIRO, PELA LEI 13.655 DE 2018, DE NORMAS QUE RESGUARDEM A ATUAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO DE BOA-FÉ

Como visto, a Lei de Improbidade Administrativa - em decorrência da ausência de taxatividade na discriminação de condutas ímprobas e, em contrapartida, a severidade das penalidades nela previstas - estabeleceu aos órgãos de controle um acentuado grau decisório quanto à subsunção dos fatos ímprobos à norma. Por esta razão, despontou um protagonismo exacerbado das instituições de controle, ensejando, assim, o que se passou a denominar de "*apagão das canetas*" ou "*Direito Administrativo do Medo*"[22].

[22] "(...) C*om isso, instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos*": GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Direito do Estado. Ano 2016, Num. 71. Disponível em <

No contexto de um controle excessivo, ao administrador público são impostos inúmeros riscos jurídicos quanto à tomada de decisão na gestão da coisa pública, o que, em última análise, em prol de um desígnio de autoproteção, desestimula uma atuação administrativa criativa e inovadora, em detrimento do princípio da eficiência. Em outras palavras, o gestor público não mais quer decidir, vinculando-se estritamente às normas legais ou às ordens judiciais, a fim de inibir a possível responsabilização frente aos órgãos de controle[23]. Conclui-se, nesse sentido, que "*a superexposição do gestor público aos riscos jurídicos derivados da cultura acrítica do controle está impondo-lhe o ônus da inércia*"[24].

Não se defende, porém, que a atuação administrativa se desvincule do controle ou sobre ele se sobreponha, tendo em vista o próprio ideal de democracia que lhe é intrínseca. O que se propõe, na verdade, é que o exercício do controle não engesse a tomada de decisão do gestor público, haja vista que a aplicação literal de dispositivos legais não corresponde, tampouco supre, muitas vezes, as demandas dos diferentes contextos fáticos encontrados nas esferas de atuação administrativa.

Nesse contexto, para o fim de minorar os efeitos da Administração do Medo, foi editada a Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018 - regulamentada pelo Decreto nº

---

http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 05/09/2020.

[23] "(...) *como consequência da proliferação do controle, disseminou-se uma verdadeira obstinação dos controladores pela punição dos agentes públicos, sem a devida consideração da gravidade dos fatos apurados ou da intenção do agente na prática do ato praticado. Simples irregularidades formais são, muitas vezes, punidas com o mesmo rigor aplicável aos atos em que efetivamente há malversação administrativa, não havendo proporcionalidade entre a conduta do agente e a penalidade imposta. (...) Essa obsessão pela punição se manifesta principalmente (i) por meio da fixação de interpretações extremamente rígidas e inflexíveis, (ii) do amplo enquadramento dos atos administrativos como improbidade (...)*" CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A Cultura do Medo na Administração Pública e a Ineficiência Gerada Pelo Atual Sistema de Controle. Revista de Direito. Viçosa. V. 09, n. 01 . p. 196/197.

[24] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Direito do Estado. Ano 2016, Num. 71. Disponível em < http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 05/09/2020.

9.830/2019 -, a qual inseriu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) novos dispositivos voltados a imprimir maior eficiência na criação e interpretação de normas de direito público, bem como segurança jurídica na atuação do gestor público de boa-fé. Em consonância com a lição de Egon Bockmann Moreira, "*está-se diante de conjunto de normas que dá especial eficácia ao princípio da juridicidade*"[25].

Dentre os artigos incluídos pela Lei nº 13.655/2018 à LINDB, para a discussão pretendida no presente trabalho, merece destaque o artigo 28, cujo teor estabelece que "*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*". Assim, o Decreto nº 9.830/2019, em seu art. 12, §1º, conceituou o erro grosseiro como "*aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*"[26].

Delineados tais pressupostos, pretende-se discutir os efeitos jurídicos levados a cabo pela introdução do art. 28 da LINDB, através da delimitação de critérios

[25] MOREIRA, Egon Bockmann. *A Nova Lei de Introdução: Segurança Reforçada ao Direito Administrativo*. Prefácio: A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro, ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2019.

[26] Acerca do erro grosseiro, adotamos o entendimento de Gustavo Binenbojm e André Cyrino, que elucidam ser o "*erro grosseiro um código dogmático que exprime como a culpa deve ser valorada para que o agente público possa ser responsabilizado. E isso atende a objetivos concomitantes que o legislador pretendeu harmonizar ao fazer a sua escolha: de um lado, a repressão aos casos de negligência, imprudência e imperícia graves, e, de outro lado, a promoção da segurança jurídica e de uma certa abertura experimental a soluções inovadoras do agente público*". BINENBOJM, Gustavo. CYRINO, André de. *O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo.* Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 217. nov. 2018. Entretanto, em sentido oposto, entendendo que a culpa grave e o dolo, no ato ímprobo de lesão ao Erário, correspondem a elementos valorativos das sanções a serem aplicadas no caso concreto (e não para a tipicidade da conduta), há a lição de ANDRADE, Landolfo. *A repercussão do art. 28 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) na aplicação do art. 10 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa)*. Disponível <http://genjuridico.com.br/2019/03/19/a-repercussão-do-artigo-28-da-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8-429-1992-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em 31/08/2020.

interpretativos, à modalidade culposa de improbidade administrativa (art. 10 da LIA). Em uma análise preliminar, é possível concluir que - mediante a inserção do termo "*erro grosseiro*" para responsabilização do agente público - o legislador pretendeu endossar o entendimento que o Superior Tribunal de Justiça já vinha adotando acerca da conduta ímproba lesiva ao Erário, haja vista que não se revela suficiente a aferição da culpa em sentido estrito, sendo necessária a demonstração do elemento subjetivo da culpa grave do sujeito ativo[27].

3 Efeitos do art. 28 da Lei nº 13.655/2018 sobre o tipo culposo de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/1992

Conforme já delimitado no tópico anterior, o artigo 10 da Lei nº 8.429/1992 é o único ato de improbidade passível de ser caracterizado mediante a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia). A respeito de tal previsão legal, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[28] aponta ser uma possível falha do legislador a diferença de tratativa entre as condutas ímprobas descritas nos artigos 9º e 11 da LIA e no artigo 10 do mesmo diploma legal, haja vista que inexiste justificativa plausível para tratar o ato lesivo ao erário de forma dissonante das demais modalidades ímprobas.

A partir de tal perspectiva legal, em razão da previsão expressa do elemento subjetivo de culpa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou, ao longo do tempo, no sentido de que os atos imprudentes, imperitos ou negligentes

[27] Precedentes: AgRg no AgREsp 21.135/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/04/2013; REsp 1.130.198/RR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 09/09/2010; EREsp 875.163/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010. AgRg no AREsp: 206256 RJ 2012/0150433-0, Rel. Benedito Gonçalves, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/03/2014.

[28] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 899-900.

poderiam ser somente enquadrados na LIA na modalidade de lesão ao patrimônio público. Com isso, no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, o elemento subjetivo passou a ser aferido e aplicado no campo da culpabilidade[29], com o fim de delimitar parâmetros de dosagem das sanções a serem aplicadas ao agente público (e eventualmente, ao particular).

Dito de outro modo, o dolo e a culpa teriam pertinência exclusivamente quando da fixação das sanções previstas na LIA, porquanto - por uma questão de proporcionalidade e extensão do dano causado (parágrafo único, art. 12 da LIA) - aquele que age imbuído de dolo deve ser punido de forma mais severa do que aquele que age com culpa[30]. Igualmente, sob esta mesma lógica, os graus de culpa (levíssima, leve ou grave) estariam restritos à valoração das penalidades aplicáveis, uma vez que bastaria a aferição de qualquer um para a tipificação do ato ímprobo de lesão ao erário[31].

Com a maturação da interpretação da LIA, a Corte Superior de Justiça, de modo majoritário, construiu o entendimento de que apenas a culpa grave seria apta a enquadrar a conduta à modalidade de improbidade administrativa tipificada no art. 10.

---

[29] Quanto à culpabilidade, filiamo-nos aos parâmetros do Direito Penal, dada a sua convergência ao regime sancionador administrativista, sendo definida por Paulo César Busato como: "*Assim, a culpabilidade representa também grau de reprovabilidade de cada conduta e face do seu contexto. É uma medida de intensidade, da qual decorre a ideia de proporcionalidade. (...) Assim, ao aplicar a pena, o juiz se vê condicionado a obedecer ao postulado da proporcionalidade vinculado à reprovabilidade do comportamento do autor, tratada também como culpabilidade*". BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral.* São Paulo: Atlas, 2013. P. 525.

[30] ANDRADE, Landolfo. *A repercussão do art. 28 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) na aplicação do art. 10 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa)*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/03/19/a-repercussão-do-artigo-28-da-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8-429-1992-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em 31/08/2020.

[31] Nesse sentido temos a doutrina de GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 271. OBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada.* São Paulo: Atlas, 2010. p. 44; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1181.

Dessa maneira, o elemento subjetivo passou a ser alocado no campo da tipicidade[32], de tal sorte que a culpa leve e levíssima sequer é suficientes a caracterizar a conduta ímproba. Noutras palavras, a partir desta perspectiva, se o tipo não for preenchido mediante a culpa grave, os agentes públicos não estarão sujeitos às sanções previstas na LIA, uma vez que a análise jurídica sequer perpassa ao campo da culpabilidade.

No contexto de expansão da aplicação da Lei nº 8.429/1992, aliada às demais legislações que integram o microssistema de anticorrupção brasileiro, criou-se um ambiente normativo voltado, sobretudo, à punição do agente público corrupto, que age com má-fé e desvio de finalidade na gestão da coisa pública. Como consequência, o gestor público inovador, que escora as suas ações na boa-fé, depara-se com elevada insegurança jurídica, haja vista a inexistência de tutela legal que salvaguarde a sua atuação.

Nesse sentido, o microssistema protetivo da juridicidade administrativa "*possui como grande falha a ausência de qualquer preocupação em relação ao agente público probo, honesto e responsável, que acaba por sofrer um verdadeiro desamparo normativo*"[33]. Ao fito de romper com "*o contrassenso de que o administrador público é*

[32] Neste ponto, ainda com parâmetros dogmáticos penais, adotamos a teoria finalista de Hans Welzel, que deslocou os elementos subjetivos do dolo e da culpa para o campo da tipicidade, retirando-os do espectro na culpabilidade (em que eram tradicionalmente alocados). Nesse sentido: "*o tipo deixou de ser concebido unicamente com elementos objetivos e externos da ação, passando a compreender também os elementos anímicos subjetivos do agente do fato punível. O exame do dolo e da culpa passa a integrar a análise típica*". GALVÃO, Fernando. Tipicidade material e imputação objetiva. In: Direito penal: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Cap. 5 e 6) material da 5ª aula da Disciplina Princípios Constitucionais Penais e Teoria Constitucionalista do Delito, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG – IPAN, p. 2. Citado por FREITAS FILHO, Milton Barreto. *O dolo e a culpa são componentes da tipicidade, da culpabilidade ou de ambas?* Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21607/o-dolo-e-a-culpa-sao-componentes-da-tipicidade-da-culpabilidade-ou-de-ambas#_ftnref2>. Acesso em 28/09/2020.

[33] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Véras de. *O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador público.* Consultor Jurídico. Disponível em

desonesto até que se prove o contrário"[34], exsurge a Lei nº 13.655/2018 ("*Lei da Segurança para a Inovação Pública*"), a qual pretende suprir tal lacuna legislativa, voltando-se à proteção, nas esferas controladora, administrativa e judicial, do agente que quer atuar com vistas à inovação e eficiência na gerência da máquina pública.

Sob essa lógica, mediante a edição da Lei nº 13.655/2018, foi introduzido o art. 28 à LINDB, que estatui o dolo e o erro grosseiro como parâmetros para a responsabilização pessoal do agente público em relação às suas decisões e opiniões técnicas. Marçal Justen Filho, quanto a esta temática, aponta ser o referido dispositivo legal um mecanismo para afastar o "*crime de hermenêutica*", consistente na punição do administrador em razão da adoção de critérios interpretativos dissonantes aos dos órgãos controladores[35].

Dada a delimitação insculpida no art. 28 da LINDB, instituiu-se no ordenamento jurídico brasileiro a "*cláusula geral do erro administrativo*"[36], a qual se afigura, em síntese, como o reconhecimento legal da falibilidade humana. Para tanto, o dispositivo legal objeto de análise aproxima o erro grosseiro à culpa grave, distinguindo-a dos graus de culpa leve e levíssima - as quais não possuem o condão de atrair a responsabilidade pessoal do agente público. Desse modo, relegando a possibilidade de responsabilização por culpa simples, estar-se-ia admitindo que o

<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>; Acesso em 28/09/2020.

[34] BARROS, Amanda da Silva Franco. *A nova LINDB: segurança jurídica e inovação administrativa através dos dispositivos trazidos pela Lei 13.655/18.* Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2019.

[35] JUSTEN FILHO, Marçal. *PL 7448/2017 e sua importância para o Direito brasileiro.* Disponível em:

<http://justenfilho.com.br/imprensa/pl-74482017-e-sua-importancia-para-o-direito-brasileiro/>. Acesso em 24/09/2020.

[36] BINENBOJM, Gustavo. CYRINO, André. *O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo*. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203, nov. 2018.

gestor público "*médio*"[37] é suscetível a falhas, de modo que - se esta derivar de um erro escusável (não perpetrado com dolo, tampouco com culpa grave) - não poderá ser penalizado pessoalmente[38].

Tendo em vista a finalidade de proteção do agente público probo, somada à perspectiva de delimitação do elemento subjetivo necessário para configuração de sua responsabilidade pessoal, o art. 28 da LINDB determina incontestáveis reflexos quanto à interpretação e aplicação da LIA - que se propõe, como já dito, à defesa da juridicidade administrativa, por meio da imputação de sanções ao gestor ímprobo.

Como consequência, instaura-se uma celeuma quanto à interpretação do art. 10 da LIA, haja vista a aparente incompatibilidade com a nova previsão legal do art. 28 da LINDB, notadamente em relação à modalidade culposa de improbidade

[37] No âmbito do Tribunal de Contas da União, a despeito da introdução legislativa do art. 28 à LINDB do conceito de "*erro grosseiro*", vislumbra-se na prática a mesma imprecisão terminológica do termo de "*administrador médio*", largamente adotado por tal órgão de controle externo, com vistas à aferição da responsabilidade pessoal do agente público. Significaria dizer que o TCU tem margem para definir, casuisticamente, qual conduta se enquadra como erro grosseiro e, de outro lado, qual se revela mais adequada a ser subsumida no conceito de administrador médio e, portanto, se reputar como erro escusável. Nesse sentido, conforme elucida Juliana Bonacorsi de Palma, em análise a 133 (cento e trinta e três) acórdãos do TCU, o "*administrador médio*" é aquele que se adequa, concomitantemente, *somente* aos seguintes parâmetros: "*o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com maestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumpre determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010)*". PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Quem é o administrador médio do TCU?* Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018> Acesso em 25/09/2020.

[38] LUSTOSA, Pedro Aurélio Azevedo. *Responsabilização de agentes públicos sob a perspectiva do art. 28 da LINDB.* Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2019. P. 05.

administrativa de lesão ao Erário. Ao passo que a Lei nº 8.429/1992 possibilita a responsabilização do agente ímprobo pela culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia), a Lei nº 13.655/2018 delimita, como elementos hábeis à penalização, o espectro culposo em sua forma grave (erro grosseiro) ou o dolo.

Quanto a esta possível antinomia, há quem defenda que o art. 28 da LINDB não promoveu a derrogação (total ou parcial) do art. 10 da LIA. Como fundamento doutrinário, é empregada a Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio, que preconiza resoluções de antinomias jurídicas mediante a utilização de critérios jurídicos pré-estabelecidos, dentre os quais, destaca-se o da especialidade[39]. Este raciocínio está positivado, ainda, no §2º do art. 2º da LINDB, o qual dispõe que "*a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*".

Transpondo o aludido espectro à aparente antinomia aferida entre a Lei nº 8.429/1992 e a Lei nº 13.655/2018, tem-se que - por ser uma norma de caráter geral, porquanto determina preceitos gerais atinentes à criação e à aplicação do Direito Público - esta última não se demonstraria hábil a derrogar, ainda que parcialmente, o ato de improbidade administrativa de lesão ao Erário, em sua modalidade culposa (culpa leve e levíssima), vez que aquela primeira se afigura como um diploma legal de caráter especial[40].

De outro vértice, há quem entenda que a nova disposição do art. 28 da LINDB determinou a derrogação parcial do art. 10 da LIA, redefinindo a modalidade culposa

---

[39] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. P. 95-96. Citado por LOPES, Luís Teófilo Marques. *As Implicações da Lei n.º 13.655/18 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa*. 2018. 73 f. Monografia apresentada à Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. P. 63.

[40] ANDRADE, Landolfo. *A Repercussão do art. 28 da LINDB na interpretação e aplicação do art. 10 da Lei 8.429/92. 2018*. Disponível em: < https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/687668430/a-repercussao-do-artigo-28-da-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8429-92> Acesso em 24/09/2020.

de imputação por ato de improbidade lesivo ao patrimônio público[41]. Também se baseando nos critérios de solução de antinomia jurídica delineados por Norberto Bobbio e positivados no §1º do art. 2º da LINDB, que preceitua que "*a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*".

A partir dessa ótica, a releitura da modalidade culposa de lesão ao erário consistiria na necessidade de se aferir, ao menos, o erro grosseiro (culpa grave) na conduta do administrador público para a sua responsabilização por ato ímprobo. Tal perspectiva decorre do critério da temporalidade, uma vez que a LINDB, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018, configura um diploma legal posterior à LIA, sendo incompatível com esta quanto à definição do elemento subjetivo, já que admitia a subsunção da conduta à lei por mera culpa simples[42].

Em que pese tal dicotomia encontrada na doutrina, no presente estudo não se defende a existência de derrogação parcial, tampouco a sua não ocorrência. Pretende-se, aqui, traçar uma análise interpretativa sistemática acerca dos efeitos do

[41] MEZZAROBA, Orides. DIAS, Jean Colbert. FERREIRA, Anderson. *Uma nova concepção sobre a lei de improbidade administrativa e seu alcance. O dolo e a má-fé como elementos fundantes da responsabilização*. Revista Unicuritiba: relações internacionais no mundo atual. v. 3, n. 24 (2019). p. 3.

[42] "*Portanto, o art. 28 da LINDB, como lei posterior e de mesma hierarquia que a Lei de Improbidade Administrativa, opera a sua derrogação parcial, para redefinir as modalidades de ato ímprobo que admitem a modalidade culposa e passar a exigir a configuração de erro grosseiro*". BINENBOJM, Gustavo. CYRINO, André. *O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo*. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018. P. 219. No mesmo sentido: LUSTOSA, Pedro Aurélio Azevedo. *Responsabilização de agentes públicos sob a perspectiva do art. 28 da LINDB*. Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2019. P. 58. FERRAZ, Luciano. *Alteração da LINDB revoga parcialmente a Lei de Improbidade Administrativa*. Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade> Acesso em 24/09/2020. THEODORO, Carina Camargo. *Limites Interpretativos da Improbidade Administrativa Culposa à luz das recentes alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018.* Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2019. P. 30.

art. 28 da Lei nº 13.655/2018 sobre o tipo culposo de improbidade administrativa, previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/1992.

A atividade interpretativa consiste na determinação do sentido e alcance das disposições positivadas em um dado sistema jurídico. Com isso, a interpretação detém especial relevo no Direito, na medida em que permite traduzir o dinamismo social - e suas nuances históricas - em um contexto em que a letra da lei é, a princípio, estática. José de Oliveira Ascensão elucida que:

> A lei, uma vez criada, situa-se numa ordem social, que é necessariamente viva, aberta a todos os estímulos que nela provocam as alterações históricas. A fórmula em que a lei se consubstancia está fixada; mas o sentido dessa fórmula é variável, por incidência do circunstancialismo donde arrancam as suas significações[43].

Nesse panorama, a interpretação consiste em analisar, para além do diploma legal singular, o ordenamento jurídico no qual está inserido - o qual, em última análise, retrata a própria transformação histórico-social[44]. Desse modo, o exame interpretativo da lei precisa estar coadunado com as outras normas positivadas que compõem a mesma ordem jurídica, com vistas a delimitar o elemento de conexão entre elas[45].

---

[43] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3a ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2005. P. 383.

[44] Acerca da correlação entre a interpretação e o ordenamento, menciona-se o magistério de José de Oliveira Ascensão, que se volta a delimitar que "*A interpretação parte de um elemento determinado - de uma fonte - e procura exprimir a regra que daquela é o conteúdo. Mas isto não nos pode fazer esquecer que a interpretação é necessariamente uma tarefa em conjunto: pano de fundo da interpretação é sempre o ordenamento em globo. O sentido de cada fonte está em necessária conexão com o de todas as outras, pelo que será adulterado se o pretendermos tomar isoladamente. (...) Interpretar é pois, situando a lei na ordem social, procurar à luz desta o seu sentido*". ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3a ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2005. P. 372/373.

[45] Neste ponto, há de se destacar que a técnica interpretativa não pode se dissociar das estritas balizas legais, haja vista serem estas o seu próprio ponto de partida e fundamento de legitimação: sem a lei inexiste interpretação jurídica.

Alinhando-se, pois, a orientação de tais normas, de modo a delimitar parâmetros e conclusões passíveis de adoção pelo intérprete, e relegando, por sua vez, aqueles que são antagônicos à lógica global do sistema.

Com efeito, as leis que integram um dado sistema jurídico não estão alheias às influências internas do próprio ordenamento, tampouco às externalidades suscitadas pelas transformações sociais. Pelo contrário, para não se tornar ineficaz, a ordem jurídica deve observar e, mais que isso, refletir a ordem social vigente por meio da hermenêutica, que parte da premissa unitária do sistema jurídico.

O preceito de unicidade do ordenamento jurídico propõe a noção de que cada norma positivada se trata de parte de um todo, sem o qual não é possível determinar o real alcance e sentido por ela pretendido. Acaso a norma seja retirada do contexto global em que está inserida, a interpretação acaba se deturpando, haja vista que não é considerado o sistema jurídico por inteiro, nem mesmo a finalidade por ela estabelecida, frente às necessidades que emergem da ordem social.

Em outras palavras, a unicidade do sistema jurídico justifica a aplicação da técnica interpretativa sistemática, vez que se perfaz na "*busca da correlação de um preceito normativo com outros dispositivos normativos que compõem o sistema jurídico, pois somente a compreensão do todo ilumina o entendimento das partes*"[46]. R. Limongi França aponta que esta faceta da interpretação sistemática reverbera a "*própria índole do direito nacional com relação a matérias semelhantes à da lei interpretada*" e as "*últimas tendências do costume, da jurisprudência e da doutrina, no que concerne ao assunto do preceito*"[47].

[46] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. P. 213.

[47] FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. P. 29.

Nesse panorama, adotando-se a interpretação sistemática[48], tem-se que a LINDB, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018, corresponde a uma norma de natureza geral, cujo teor não se volta a disciplinar as relações jurídicas estabelecidas entre as pessoas. Em verdade, tem como escopo a normatização de balizas para a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se de uma meta-norma (norma que versa sobre outras normas)[49].

Rompendo com a perspectiva de que a Lei de Introdução (Decreto-Lei nº 4.657/1942) aplicava-se tão somente ao ramo do Direito Civil, o preâmbulo da Lei nº 13.655/2018 e seus dispositivos passaram a projetar, expressamente, normas de caráter geral *sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público*. Como consequência, as novas disposições da LINDB devem ser o ponto de partida para a realização da interpretação sistêmica ora defendida.

Corroborando esse entendimento, José de Oliveira de Ascensão discorre a respeito da existência de relações de subordinação no interior da interpretação sistêmica, assim, "*por via de subordinação, relaciona-se o preceito isolado com os princípios gerais do sistema jurídico, permitindo-se apurar a incidência que esses*

---

[48] Acerca da aplicabilidade da interpretação sistemática ao Direito Público, cita-se como exemplo a utilização de métodos autocompositivos (termos de ajustamento de conduta e o ANPC) no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, mesmo quando ainda era vigente a vedação disposta no art. 17, §1º da Lei nº 8.429/92. Tal perspectiva passou a ser adotada A partir de uma hermenêutica exigida pelo microssistema de combate à corrupção, no sentido de que - se as leis penais, como última *ratio*, possibilitam a utilização de acordos de leniência - não faria sentido a manutenção vedação da utilização dos métodos consensuais no Direito Administrativo. Aliado a isso, era percebida a Lei Anticorrupção como um diploma complementar à Lei de Improbidade Administrativa, sendo que na aplicabilidade daquela primeira inexistiam quaisquer vedações aos métodos compositivos e, portanto, a inaplicabilidade nesta última se trataria de um contrassenso ao próprio sistema. Na defesa dessa perspectiva: ROCHA, Marcelo Dantas. ZAGANELLI, Margareth Vetis. *O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira*. Cadernos de Dereito Actual nº 07 Extraordinário (2017), pp. 147-162; CAMBI, Eduardo. MIRANDA, Bruna Cracco. *A autocomposição na improbidade administrativa e a indisponibilidade do interesse público*. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 46, n. 146, Junho, 2019. P. 82 a 108.

[49] Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 1 esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 57. GOMES, José Jairo. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: LINDB*. São Paulo: Atlas, 2012. P. 09.

princípios têm para o esclarecimento daquela fonte"[50]. No presente estudo, embora não verse propriamente de um princípio jurídico, a LINDB determina, como já dito, perspectivas globais de hermenêutica do Direito Público, restringindo e delineando os parâmetros interpretativos dos demais diplomas inseridos em tal contexto.

A partir dessa noção, o art. 28 da LINDB dispõe um preceito geral acerca da responsabilidade do administrador público, que deve ser levado em consideração na interpretação e na aplicação de outras leis que versem sobre o mesmo assunto, mesmo quando estas possuírem caráter especial, tal como se revela a Lei nº 8.429/1992. Rememore-se, aqui, que a égide dos novos dispositivos legais da Lei de Introdução pretendeu estabelecer um ambiente de maior segurança jurídica ao gestor público de boa-fé.

Via de consequência, assentaram-se novos paradigmas interpretativos quanto ao elemento subjetivo apto a ensejar a responsabilidade pessoal do agente. Desse modo, faz-se imperativa a releitura da Lei de Improbidade Administrativa, ainda que tenha sido publicada em momento anterior à Lei nº 13.655/218 e tenha natureza de norma especial. Isto porque, é necessário o alcance da conformidade global do sistema jurídico, por meio da harmonização da LIA aos novos parâmetros da LINDB, sob pena de frustrar a tentativa (legítima) legislativa de promover um meio fértil para que o gestor público de boa-fé atue com eficiência e inovação.

À vista disso, portanto, sob a ótica do art. 28 da LINDB, o agente público que atue danosamente ao Erário somente poderá ser punido nos termos da LIA se

[50] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3a ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2005. P. 390.

comprovado estiver o seu erro grosseiro (culpa grave) ou dolo, não mais subsistindo a possibilidade de sua responsabilização pessoal por mera culpa simples[51].

Diante disso, remanesce o questionamento de ser esta interpretação sistemática aplicada, também, ao particular que induza, concorra ou se beneficie, de forma direta ou indireta, do ato de improbidade de lesão ao Erário (art. 3º da LIA).

4 Consequência lógica: extensão dos efeitos do art. 28 da LINDB sobre a modalidade culposa de improbidade (art. 10 da LIA) aos particulares

Para responder à questão delineada no tópico anterior, faz-se necessário retomar a análise acerca dos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa. Consonante preceitua o art. 3º da LIA, para além dos agentes públicos, poderão ser responsabilizados no âmbito da referida lei os particulares que, de modo direto ou indireto, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficie.

Desse modo, em que pese não seja enquadrado na definição ampla de agente público[52], o particular poderá compor o polo passivo de ação civil pública por ato de

[51] No mesmo sentido da conclusão ora defendida, citam-se os seguintes autores: BARROS, Amanda da Silva Franco. *A nova LINDB: segurança jurídica e inovação administrativa através dos dispositivos trazidos pela Lei 13.655/18.* Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2019. VALIATI, Thiago Priess. MUNHOZ, Manoela Virmond. *O impacto interpretativo da Lei 13.655/2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa-fé para inovar na Administração Pública.* Revista Brasileira de Direito Público - RBDP. Ano 16, n. 62, P. 161-186, jul./set., Belo Horizonte/MG 2018.

[52] "*Além daqueles que desempenham alguma atividade junto à administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais são tradicionalmente enquadrados sob a epígrafe dos agentes públicos em sentido lato, a parte final do art. 2º (nas entidades mencionadas no artigo anterior) torna incontroverso que também poderão praticar atos de improbidade as pessoas físicas que possuam algum vínculo com as entidades que recebam qualquer montante do erário, quais sejam: a) empresa incorporada ao patrimônio público; b) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; c) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; d) entidade que receba*

improbidade, desde que acompanhado por aquele. Dito de outra forma, para que o particular seja demandado judicialmente pela prática de ato ímprobo, deverá necessariamente também constar do polo passivo da demanda o agente público, na medida em que o terceiro apenas pode induzir, concorrer ou perceber benefícios em conluio com este último[53].

Partindo do pressuposto de que o particular não responde sem o agente público por ato de improbidade administrativa, aliado à noção de que este último apenas pode ser responsabilizado pessoalmente por condutas praticadas com dolo ou erro grosseiro, afigurar-se-ia desproporcional imputar ao terceiro beneficiário atos eivados de culpa simples, eis que estaria ampliando o espectro de responsabilidade no âmbito da LIA - a qual se volta, essencialmente, a punir a imoralidade qualificada no âmbito da Administração Pública.

Em outras palavras, propõe-se, aqui, a extensão da conclusão alcançada no tópico anterior aos que, mesmo não se caracterizando como agentes públicos, auferem vantagem patrimonial indevida, em detrimento do patrimônio público. Assim como o agente público, os terceiros também responderão pessoalmente por atos

---

subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público. Assim, coexistem lado a lado, estando sujeitos às sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, os agentes que exerçam atividade junto à administração direta ou indireta (perspectiva funcional) e aqueles que não possuem qualquer vínculo com o Poder Público, exercendo atividade eminentemente privada junto a entidades que, de qualquer modo, recebam numerário de origem pública (perspectiva patrimonial)". GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa.* Editora Saraiva. 9ª edição, 2017. p. 332.

[53] Corroborando esta perspectiva, o STJ editou a tese nº 08 (de Improbidade Administrativa I) cujo teor esclarece ser "*inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença do agente público*". Nada obstante, não se pode falar em litisconsórcio necessário entre o agente público e o particular beneficiário do ato de improbidade, na medida em que o primeiro poderá compor sozinho o polo passivo da demanda (tese nº 09 da jurisprudência selecionada pelo STJ). No mesmo sentido: FERRAZ, Luciano. *Improbidade administrativa para primeiros e terceiros*. 17 de setembro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-17/interesse-publico-improbidade-administrativa-primeiros-terceiros?s=08. Acesso em 23/09/2020. RIBEIRO, Francielle da Silva. PINTO, Rodrigo Serpa. *Lei nº 8.429/1992: uma breve análise sobre as suas características e particulares*. Rev. Controle, jan./jun. 2018, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 141-170.

perpetrados com erro grosseiro, afastando-se a responsabilização por atos lesivos à Administração Pública, que se escoram em um patamar de culpa simples.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu abordar os reflexos do novel art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro à Lei de Improbidade Administrativa, sobretudo quanto à modalidade culposa do ato de improbidade de lesão ao Erário.

De início, foi observado um contexto de controle excessivo das decisões e atos perpetrados pelos administradores públicos, evidenciado, em especial, pelo uso e aplicação demasiados dos institutos punitivos previstos na LIA. Culminando, pois, de um lado, a possível banalização desta norma legal pelos órgãos de controle - pela atuação do Ministério Público, referendada por decisões judiciais - e, por outro lado, o "*apagão das canetas*", propiciando uma atuação administrativa engessada, obsoleta e ineficaz e, em última análise, um ambiente de insegurança jurídica.

Frente a esse contexto, foram editadas pela Lei nº 13.655/2018 novas normas e balizas para a aplicação do direito público, com vistas a retirar do limbo jurídico o gestor público de boa-fé, protegendo uma atuação voltada à eficiência e inovação na gestão da coisa pública. Até então, o ordenamento jurídico brasileiro não albergava a aludida proteção, na medida em que se dirigia, sobretudo, a punir e responsabilizar pessoalmente o agente público de má-fé que, por condutas dolosas ou culposas, maculava a juridicidade inerente à Administração Pública.

A redação do art. 28 da LINDB, nesse contexto, trouxe o reconhecimento à norma positivada da falibilidade humana dos administradores públicos, bem como a impossibilidade de antever todos os resultados maléficos à Administração Pública, ambos inerentes a uma atuação inovadora. Passando-se a afastar, a partir da vigência

da lei, a responsabilização pessoal do agente público por atos pautados em mera culpa simples (erro escusável).

Traçando uma interpretação sistemática das normas positivadas, aliada à pretensão de se instaurar um ambiente de maior segurança jurídica por meio da Lei nº 13.655/2018, pretendeu-se demonstrar que o art. 28 da LINDB necessariamente determina uma releitura do *caput* do art. 10 da LIA. Isto porque, o primeiro dispositivo legal estabelece restrições quanto à responsabilização pessoal do agente público, limitando a interpretação do segundo dispositivo legal aos atos de improbidade lesivos ao Erário que sejam praticados com erro grosseiro ou dolo.

Dito de outro modo, a partir de uma conjugação hermenêutica do art. 28 da LINDB e o art. 10 da LIA, foi possível constatar que o administrador público não pode ser responsabilizado por ato de improbidade (de lesão ao Erário) se a sua atuação for lastreada em culpa leve ou levíssima.

Por fim, concluiu-se que tal perspectiva interpretativa da responsabilidade do administrador público deve ser estendida, também, ao terceiro que incida em ato de improbidade administrativa. Como consectário lógico, uma vez que o particular somente pratica ato ímprobo em conjunto com o agente público (de forma a induzir, se beneficiar ou concorrer para ele), não haveria lógica em ampliar o âmbito de sua responsabilidade pessoal, tendo em vista que a LIA foi editada para reprimir condutas ímprobas de quem atua em nome da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. *A repercussão do art. 28 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) na aplicação do art. 10 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa)*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/03/19/a-repercussão-do-artigo-28-da-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-

artigo-10-da-lei-8-429-1992-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em 31/08/2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3a ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2005.

BARROS, Amanda da Silva Franco. *A nova LINDB: segurança jurídica e inovação administrativa através dos dispositivos trazidos pela Lei 13.655/18*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. CYRINO, André de. *O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo.* Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). 2018.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008. P. 142. Citado por CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. CATARINO, João Ricardo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo e a juridicidade administrativa: Um estudo sobre o caso Brasileiro e Português*. Revista Jurídica Portucalense. N.º 17. Volume 2. 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. P. 95-96. Citado por LOPES, Luís Teófilo Marques. As Implicações da Lei n.º 13.655/18 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. 2018. Monografia apresentada à Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

BRASIL, Constituição da República (1989), Capítulo VII - DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, art. 37, caput. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL, Lei de Improbidade Administrativa (1992). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>.

BRASIL, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral.* São Paulo: Atlas, 2013.

CAMBI, Eduardo. MIRANDA, Bruna Cracco. *A autocomposição na improbidade administrativa e a indisponibilidade do interesse público*. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 46, n. 146, Junho, 2019.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. *A Cultura do Medo na Administração Pública e a Ineficiência Gerada Pelo Atual Sistema de Controle. Revista de Direito*. Viçosa. V. 09, n. 01.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. CATARINO, João Ricardo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo e a juridicidade administrativa: Um estudo sobre o caso Brasileiro e Português*. Revista Jurídica Portucalense. N.º 17. Volume 2. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIPP, Gilson. CARNEIRO, Rafael Araripe. *Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos*. Revista Consultor Jurídico, 19 de março de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicial-todos>. Acesso em 31/08/2020.

FERRAZ, Luciano. *Alteração da LINDB revoga parcialmente a Lei de Improbidade Administrativa*. Consultor Jurídico. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>. Acesso em 24/09/2020.

FERRAZ, Luciano. *Improbidade administrativa para primeiros e terceiros.* 17 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/interesse-publico-improbidade-administrativa-primeiros-terceiros?s=08>. Acesso em 23/09/2020.

FILHO, José dos Santos Carvalho (informação verbal). Disponível em:<http://instituto-brasileiro-de-direito-administrativo.rds.land/jose-dos-santos-carvalho-filho>. Acesso em 10/08/2020.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

GALVÃO, Fernando. *Tipicidade material e imputação objetiva*. In: Direito penal: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Cap. 5 e 6) material da 5ª aula da Disciplina Princípios Constitucionais Penais e Teoria Constitucionalista do Delito, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG – IPAN, p. 2. Citado por FREITAS FILHO, Milton Barreto. O dolo e a culpa são componentes da tipicidade, da culpabilidade ou de ambas?. Disponível em:<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21607/o-dolo-e-a-culpa-sao-componentes-da-tipicidade-da-culpabilidade-ou-de-ambas#_ftnref2>. Acesso em 28/09/2020.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Editora Saraiva. 9ª edição, 2017.

GERHARDT, Tatiana Engel. SILVEIRA, Denise Tolfo. *Métodos de Pesquisa. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil (UAB/UFRGS) e pelo Curso de Graduação Tecnológica - Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf.>. Acesso em 11/05/2020.

GOMES, José Jairo. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: LINDB*. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil 1 esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Direito do Estado. Ano 2016, Num. 71. Disponível em:<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 05/09/2020.

IKEZAKI, Evelin da Silveira Rosa. PINNA, Regina Maria. *Aspectos da Lei de Improbidade Administrativa e os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Aplicação das Penas*. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais. UnG. v.1, n.1, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *PL 7448/2017 e sua importância para o Direito Brasileiro*. Disponível em:<http://justenfilho.com.br/imprensa/pl-74482017-e-sua-importancia-para-o-direito-brasileiro/>. Acesso em 24/09/2020.

LEAL, Rogério Gesta. *Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa*. A&C - Revista de Direito Administrativo & Direito Constitucional, jan./mar. 2014. Belo Horizonte, ano 14, n. 55.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1983. p. 28 e 149. Citado por SEGATO, Vitória Pedruzzi. Composição dos Tribunais de Contas Brasileiros: *O Sistema de Nomeação de Conselheiros e Ministros em Xeque*. Tese de mestrado em Direito. Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019.

LUSTOSA, Pedro Aurélio Azevedo. *Responsabilização de agentes públicos sob a perspectiva do art. 28 da LINDB*. Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Véras de. *O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador público. Consultor Jurídico*. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em 28/09/2020.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Os vinte anos da Lei de Improbidade Administrativa*. Revista Consultor Jurídico, 06 de dezembro de 2012. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2012-dez-06/mauro-mattos-vinte-anos-lei-improbidade-administrativa>. Acesso em 01/09/2020.

MEZZAROBA, Orides. DIAS, Jean Colbert. FERREIRA, Anderson. *Uma nova concepção sobre a lei de improbidade administrativa e seu alcance. O dolo e a má-fé como elementos fundantes da responsabilização*. Revista Unicuritiba: relações internacionais no mundo atual. v. 3, n. 24 (2019).

MOREIRA, Egon Bockmann. *A Nova Lei de Introdução: Segurança Reforçada ao Direito Administrativo*. Prefácio: *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro,* ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. *Controle da Administração Pública*. Publicado em 01/11/2019. Disponível em:<https://direitoadm.com.br/controle-da-administracao-publica/:>. Acesso em 01/09/2020.

OBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 62, Citado por PORTO, Heloisa Rocha. EBERHARDT, Marcos. *A possível banalização da Lei de Improbidade Administrativa*. Revista PUCRS.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Quem é o administrador médio do TCU?* Disponível em:<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em 25/09/2020.

PORTO, Heloisa Rocha. EBERHARDT, Marcos. *A possível banalização da Lei de Improbidade Administrativa*. Revista PUCRS. 2019.

RIBEIRO, Francielle da Silva. PINTO, Rodrigo Serpa. *Lei nº 8.429/1992: uma breve análise sobre as suas características e particulares*. Rev. Controle, jan./jun. 2018, Fortaleza, v. 1, n. 1.

ROCHA, Marcelo Dantas. ZAGANELLI, Margareth Vetis. *O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira.* Cadernos de Dereito Actual nº 07 Extraordinário (2017).

SANGA, Rodrigo Moreira. *O elemento subjetivo dos atos de improbidade administrativa. Trabalho de Conclusão de Curso*. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2018.

SILVA, Bruno Pirrony. *Duas Décadas de Lei nº 8.429/1992 e o retrocesso legislativo*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 36, p. 285-312 – Edição Especial 2011.

SOARES, Marcos José Porto. *Distinção entre corrupção, improbidade administrativa e má gestão da coisa pública.* Revista dos Tribunais, set./2015, vol. 959. Direito Administrativo.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

TÁCITO, Caio. *Improbidade Administrativa como forma de corrupção*. Revista de Direito Administrativo. Out./dez. 2001. Rio de Janeiro.

THEODORO, Carina Camargo. *Limites Interpretativos da Improbidade Administrativa Culposa à luz das recentes alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018*. Monografia

apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2019.

VALIATI, Thiago Priess. MUNHOZ, Manoela Virmond. *O impacto interpretativo da Lei 13.655/2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa-fé para inovar na Administração Pública.* Revista Brasileira de Direito Público - RBDP. Ano 16, n. 62, jul./set., Belo Horizonte/MG 2018.

REVISTA DIREITO FAE

PRECEDENTES: PARADIGMA DO CONSTITUCIONALISMO TRIBUTÁRIO

PRECEDENTS: PARADIGM OF TAX CONSTITUTIONALISM

Thaïs SAVEDRA de Andrade[1]

Jeferson Ferreira dos SANTOS[2]

RESUMO

O presente estudo pretende ante o olhar crítico, analisar a aplicação dos precedentes em matéria tributária sob a ótica da construção de paradigma em Thomas Kuhn, bem como a análise do RE nº 562.045-RS, que interpretou como constitucional a cobrança das alíquotas progressivas do Imposto sobre Transmissão de *Causa Mortis* e Doação (ITCMD). A problemática permitirá analisar, sob a perspectiva do constitucionalismo tributário, a ampliação dos poderes discricionários ao Judiciário, o que representa uma atuação ativista das Supremas Cortes. Por meio de um levantamento bibliográfico, é possível compreender que a referida decisão compromete, desestimula os investimentos e o desenvolvimento econômico e, sobretudo, relativiza garantias e direitos individuais, elencados como fundamentais no texto maior. Desta maneira, o estudo apresentará construção de precedentes em matéria tributária, que se afastam

[1] Doutoranda em Direito pela UFPR, com concentração em Direito Tributário, Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, com bolsa da Fundação CAPES, Especialista em Direito Tributário, professora de Direito Tributário, Filosofia do Direito, Antropologia Jurídica e História do Direito da FAE – Centro Universitário. Contato: thais.savedra@fae.edu.

[2] Graduando do curso de Direito da FAE Centro Universitário, pesquisador e membro do Grupo de Estudos Tributário da Universidade Federal do Paraná (GET) e membro do Observatório Iberoamericano de Tributación Internacional (OITI), E-mail: jeferson.santos@mail.fae.edu

do planejamento inicial previsto no art. 926 do Código de Processo Civil. Ao cabo, demonstrará um confuso cenário aberto, desordenado e incoerente com o ordenamento jurídico, formado em interpretações demasiadamente axiológicas, que caminham ao contrário da democracia, desguarnecendo direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: Precedentes em Matéria Tributária. Coerência das Decisões. Paradigma. Constitucionalismo Tributário. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The present study intends to analyze the application of precedents in tax matters from the perspective of the construction of a paradigm in Thomas Kuhn, as well as the analysis of RE No. 562.045-RS, which interpreted the constitution of progressive tax rates as constitutional. of the Tax on Transmission of Cause of Death and Donation (ITCMD). The problem will make it possible to analyze, from the perspective of tax constitutionalism, the expansion of discretionary powers to the Judiciary, which represents an activist action by the Supreme Courts. Through a bibliographic survey, it is possible to understand that the referred decision compromises, discourages investments and economic development and, above all, relativizes individual guarantees and rights, listed as fundamental in the larger text. In this way, the study will present the construction of precedents in tax matters, which deviate from the initial planning provided for in art. 926 of the Civil Procedure Code. In the end, it will demonstrate a confusing open, disorderly and incoherent scenario with the legal system, formed in interpretations that are too axiological, which go contrary to democracy, disregarding fundamental rights.

KEYWORDS: Precedents in Tax Matters. Consistency of Decisions. Paradigm. Tax Constitutionalism. Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

O fenômeno dos precedentes desafiou e vem desafiando muito os incessantes debates pela literatura jurídica tributária. Desde o advento do Código de Processo Civil e em referência aos países que praticam o *common law*, muito se discute e se estuda a respeito do paradigma jurídico, que paira nos Tribunais quando o assunto são decisões uniformes, íntegras e coerentes.

Sob esse cenário, torna-se possível, de modo breve, galvanizar o conceito de paradigma sob a perspectiva epistemológica contemporânea difundida por Thomas Kuhn, que representa um modelo, padrão, explorado em determinada circunstância.

A chamada *"quebra de paradigma"*, consiste na alteração desses conceitos pré-ordenados, permitindo assim, moldes inovadores, a adoção de novos entendimentos e, consequentemente, novas versões do paradigma.

Diante disso, é possível notar que, nos últimos anos, alguns princípios constitucionais tributários, como da Capacidade Contributiva e da Legalidade Tributária, receberam influências das Cortes Superiores, de modo que tiveram seu conteúdo valorativo alterado, resumindo-se a um cenário de grande insegurança jurídica.

Diante deste cenário, desenvolver-se-á o presente estudo a fim de compreender, sob o enfoque crítico constitucional tributário, a análise de caso julgado pela Suprema Corte, referente à constitucionalidade das alíquotas progressivas do ITCMD, bem como à aplicação dos precedentes em matéria tributária. Investigar-se-á, ainda, a interpretação constitucional tributária, em harmonia com o restante do ordenamento jurídico pátrio.

Sob a construção teórico-científica, serão analisadas as alterações de entendimento dos princípios da Capacidade Contributiva e do Princípio da Legalidade tributária, alicerçados no conceito de paradigma defendido por Thomas Kuhn.

Em um segundo momento, buscar-se-á a problematização do Direito enquanto ciência normativa. Por fim, o estudo busca apresentar um cenário totalmente aberto, desordenado e ausente de coerência com o ordenamento jurídico nacional, já que se encontra apoiado em interpretações demasiadamente ativistas, somando-se a relativização de direitos fundamentais.

1 COMPREENSÃO DE PARADIGMA EM THOMAS KUHN

Inicialmente, importante apontar, de forma sucinta, a teoria de paradigma em Kunh, que, de modo inovador, consagra um pensamento contemporâneo acerca da prática científica, diante das experiências entre o sujeito e objeto.

Para Kunh, os problemas colocados pela própria ciência e a maneira como investigamos soluções para eles, são os próprios pressupostos para existência da ciência e, na medida que esse relacionamento se estabiliza, permitem-se evoluções sob a perspectiva científica. Nas palavras de Kunh: *"Considero "paradigmas" as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência"*. (KUHN, 1998, p. 13).

Em paralelo, no campo das ciências jurídicas, não muito diferente das demais ciências, é certo que inexistem verdades científicas absolutas, havendo, portanto, desafios jurídicos estruturais e alterações processuais axiológicas, as quais ocorrem constantemente entre o modo de relacionamento sujeito-objeto, que no estudo de Kuhn, são definidas como as crises de paradigmas.

É nesse contexto que o Direito Tributário, enquanto ciência jurídica autônoma, relaciona-se com outras estruturas científicas adversas. Ocorre que, assim como Kunh previu em seu estudo, quando acontece o choque entre o sujeito e o objeto, as novas estruturas formadas irradiam contornos, as quais se apresentam de modo

líquido, ocasionando colapsos estruturais e gerando distorções. Com isso, é constante a alteração de direitos individuais e princípios cardeais no campo hermenêutico tributário.

Assim, as distorções que acabam sendo levantadas, não encontram amparo na utilização de ferramentas axiológicas ativistas, tampouco no modo de legitimação de atuação judicial no controle do Poder Legislativo, mas, principalmente, pela problemática mistura da moral, direito e política. Desse modo, diminui-se a segurança jurídica e se eleva a atuação de um direito jurisprudencial, o qual acaba por comprometer e mitigar garantias constitucionais, elencadas no texto pátrio como Direitos Fundamentais.

2 IMPACTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA ESFERA TRIBUTÁRIA

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (CPC/15), introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro os chamados precedentes. Tal medita foi uma clara tentativa do legislador de aproximar o direito brasileiro ao *common law*. A inovação legislativa parece irradiar considerável avanço no que tange à estabilidade e coerência dos seus julgados e fidelidade das Cortes, as quais, em tese, promovem a prestação jurisdicional segura e igualitária.

Relativamente à matéria tributária, o assunto ganha ainda mais relevância, em especial pela quantia de processos em trâmite no Poder Judiciário, reflexo da repartição de competências instituída aos tributos pela Carta Magna. Os fundamentos, ora expostos, não se esgotam só pela complexidade do modelo tributário. Contudo há que se ressaltar as infindáveis discussões nos âmbitos administrativo e judicial travados entre o fisco e os contribuintes.

Sendo assim, na tentativa de reduzir os impactos indesejados e trazer uma prestação jurisdicional segura, faz-se pertinente pensar o sistema de modo racional e, sobretudo, coerente acerca dos precedentes.

Sob essa perspectiva, exige-se dos aplicadores do direito o atendimento as premissas norteadoras e básicas para aplicação dos precedentes, contribuindo para a racionalidade e clareza do sistema processual jurídico tributário, através da uniformização da jurisprudência e da integridade dos seus julgados.

Por fim, os impactos, ainda embrionários no direito brasileiro com o advento do CPC/15, despertaram um alerta entre tributaristas, chamando a atenção da academia para a importância da construção de uma teoria pura dos precedentes, que atendam aos direitos fundamentais previstos na CF/88, em especial ao princípio da Capacidade Contributiva e da Estrita Legalidade Tributária.

3 INTERPRETAÇÃO: ABERTURA DEMASIADA

Segue-se assim, pelo panorama ora exposto, que a alteração de paradigmas é resultado dos constantes movimentos sociais, antropológicos e relacionais, decorrentes de alterações de afetos, vínculos, morais, familiares ou religiosos, (BAUMAN, 2011, p. 12), promovendo, desta forma, impactos que não se esgotam somente na pluralidade de fontes jurídicas existentes, mas, em especial, no seu modo de interpretação.

Resta oportuno destacar que as alterações hermenêuticas vieram com o movimento do constitucionalismo, em oposição à atuação desinibida dos legisladores com excessos legislativos, conferindo margem ao poder discricionário dos magistrados, ou, dito de outra forma: *"acabou por contaminar-se com seu próprio veneno"*. Os excessos cometidos pelo Supremo Tribunal Federal possibilitam a formação de um direito quase jurisprudencial, o qual, em sua maioria, apresenta-se

de modo desordenado e incoerente com o restante do ordenamento jurídico, representando um retrocesso ao direito de modelo "pré-moderno" (FERRAJOLI, 2009, p. 20). A Suprema Corte vem ampliando suas funções, alterando o sentido e interpretação de acordo com a sua adequação e conveniência, formando, portanto, um *"terceiro turno da constituinte"* (STRECK, 2009, p. 83).

É inegável que quando o Poder Judiciário exerce atuação fora dos seus limites, implica também no funcionamento harmônico com os demais Poderes, fato é que, a Constituição é o princípio e o fim da ordem jurídica democrática, se tudo que não está previsto na Carta Maior pode ser *"realizado"* pelo Poder Judiciário, não seria necessário sequer haver Constituição (STRECK, 2009, p. 83). O judiciário não foi eleito democraticamente, a essa função se deve ao Legislativo que, geralmente, representa as vontades daqueles que o elegeram.

Ao contrário de como o Judiciário vem desempenhando suas atribuições, incita apontar que a função jurisdicional não é legislativa, tampouco é sua atribuição julgar conforme preferências, ou em favor de uma parcela da sociedade, conforme aponta Dworkin (2006, p. 720).

Sob o tema, ao rigor do que prega o Art. 926 do CPC, determina que os tribunais devem, ainda, uniformizar suas jurisprudências e as manter estáveis, íntegras e coerentes, cancela-se, portanto, as utilizações subjetivistas e discricionárias empregadas aos princípios, ou seja, *"a interpretação de um texto não é dedução, mas talvez seja uma coisa quase tão direta – uma questão de ler cuidadosamente e deixar o significado evidente das palavras, ditar a interpretação do texto"*. (POSNER, 2007, p. 352).

Por derradeiro, com a atuação desinibida do Poder Judiciário, é possível visualizar severas críticas nas chamadas *"jurisprudência dos valores"*, que é encarada como uma postura do poder judiciário que coloniza o espaço público e impede a tomada de decisões pela via democrática (HABERMAS, 1997, p. 323).

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS MENOS SINGULARES E MAIS COLETIVOS

Evidente que, no tocante ao princípio da capacidade contributiva, alicerçado no princípio da igualdade tributária, cada indivíduo da relação jurídica tributária deverá contribuir com as despesas públicas, de acordo com a sua medida econômica. Dessa feita, os mais ricos contribuem teoricamente com mais, em comparação aos menos providos de riqueza (JARACH, 1971, p. 87).

O princípio da capacidade contributiva está previsto no Art. 145, parágrafo 1.º, da CF/88, *in verbis*:

> Art. 145. (...)
> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Desta forma, ao contextualizar os referidos princípios, verifica-se que a progressividade leva em consideração a Capacidade Contributiva, que tem por objetivo a realização de uma justiça tributária, a qual diminua as desigualdades econômicas entre os contribuintes, tributando de forma mais onerosa aqueles que detêm melhor condição financeira (CARRAZZA, 2006, p. 88).

Assim, percebe-se que a tributação, por meio dos impostos previsto pelo Constituinte Originário na Constituição Federal, previu que, sempre que possível, esta será feita *"sob medida"*, respeitando as diferenças em termos de capacidade

contributiva e econômica, tributando-se de acordo com a aptidão de riqueza de cada contribuinte.

Além do mais, outra importante classificação é a que distingue os impostos em pessoal e real. Pessoal, sendo aqueles que levam em conta as qualidades individuais dos contribuintes, dentre eles sua capacidade contributiva para a dosagem do aspecto quantitativo do tributo (COÊLHO, 2005, p. 94). Os impostos reais, por sua conta, são os aqueles que levam em consideração as características dos bens passíveis de tributação, afastando-se das condições individuais dos contribuintes (HARADA, 2012, p. 317).

4.1 A Ausência de Coerência no Julgamento Re Nº 562.045-Rs, interpretação ativista do STF acerca da Progressividade das Alíquotas do ICMD

Limitar-se á o presente estudo em trazer alguns dos pontos do Recurso que julgou constitucional a exigência do ITCMD por meio dealíquotas, sem a intenção de esgotar o tema e com a intenção precipua de apontar postura ativista da Corte Suprema Brasielira.

Ocorre que antes do Supremo Tribunal Federal julgar o RE nº 562.045/RS, a regra era impedir a aplicação da progressividade com base na capacidade contributiva para os tributos reais, aplicando apenas quando previsto expressamente na CRFB/1988.

Em síntese, o Recurso Extraordinário em comento, foi interposto com base no Art. 102, III, “a” da CRFB/1988, com a alegação de violação aos Artigos 145, § 1º e 155, § 1º, IV, da Carta Magna, visto que inexiste vedação constitucional à progressividade do ITCMD, apesar de ser um tributo de natureza real, devendo o Art. 18 da Lei Estadual nº 8.821/1989 ser considerado constitucional.

Já as contrarrazões sustentam a inconstitucionalidade do Art. 18 da Lei Estadual nº 8.821/1989, que instituiu um sistema progressivo de alíquotas para o

ITCMD, determinando que fosse aplicada a sua alíquota mínima, ao fundamento de que a progressividade prevista no art. 145, § 1º da CRFB/1988 somente referir-se-ia aos impostos de natureza pessoal.

O Art. 18 da Lei Estadual do RS nº 8.821/1989 preconizava, à época da discussão, que as alíquotas do ITCMD deveriam ser estabelecidas com base no resultado da soma do valor venal da totalidade dos bens imóveis, móveis, títulos e créditos, bem como dos direitos a eles relativos, do patrimônio inventariado, elementos típicos de característica real.

Com o intuito de descrever as motivações acerca do tema, facilitar a leitura do longo julgado e compreensão dos votos dos Ministros do STF ao ponderarem sobre o RE nº 562.045/RS, foi elaborada a TABELA 1 contemplando os posicionamentos dos julgadores acerca da constitucionalidade das alíquotas do ITCMD, observe-se:

TABELA 1

POSICIONAMENTO	MINISTRO STF	ARGUMENTOS
	Eros Grau	Todos os impostos estão sujeitos ao Princípio daCapacidade Contributiva, independentemente de sua classificação como de caráter real oupessoal.
	Menezes Direito	Não se pode justificar a exigência constitucional explícita da progressividade de um imposto, considerando que a CRFB/1988 estabelece a possibilidade de que os impostos, semprequepossívelsejamprogressivos,levandoemcontaa Capacidade Contributiva docontribuinte.
	Carmem Lúcia	O Estado dará aplicação plena ao Princípio da Capacidade Contributivaquandoadotaratécnicadeprogressividadepara assegurar a aferição da capacidade econômica do contribuinte.

A favor da Constitucionalidade das Alíquotas Progressivas do ITCMD	Joaquim Barbosa	Atécnicadaprogressividadeéuminstrumentoporexcelência para aferição da Capacidade Contributiva, de modo que a tributação *ad valorem* com a especificação de única alíquota é insensível à intensidade econômica da base que se está tributando.
	Ayres Brito	A CRFB/1988 quer que se leve em conta a Capacidade Contributiva do sujeito passivo, mesmo quando se trate de impostos reais, a menos que seja impossível (este o sentido da locução 'sempre que possível', constante do § 1º do art. 145), como ocorria com o IPTU antes da EC nº 29, quando restringia a progressividade das alíquotas ao âmbito meramente fiscal.
	Ellen Gracie	DevidoaofatodoITCMDnãoserumtípicoimpostodecaráter real, mas considerá-lo um imposto que revela efetiva capacidade contributiva de quem percebe a transferência patrimonial, considerando que se dá em caráter gratuito, não ofende a constituição o estabelecimento de alíquotas progressivas para aespécie.
	Teori Zavascki	A progressividade das alíquotas atende, de alguma forma, o Princípio da Capacidade Contributiva, não sendo incompatível com os impostos reais, de modo que o referido Princípio deve ser aplicado a todos os impostos.
	Gilmar Mendes	Acompanhou o entendimento dos demais Ministros.
	Celso De Mello	Acompanhou o entendimento dos demais Ministros.
	Ricardo Lewandowski	Não é possível estabelecer a progressividade para os impostos reais, visto que a expressão “sempre que possível” disposta no art. 145, § 1º da CRFB/1988 está necessariamente atrelada à capacidade econômica do contribuinte, não sendo possível presumir a capacidade econômicadosujeitopassivo,simplesmente,apartirdovalor do bem ou da operaçãotributada. A progressividade para os impostos reais só poderia ser adotada com expressa previsão constitucional.

	Marco Aurélio	Afronta o Princípio da Capacidade Contributiva admitir a progressividade de alíquotas do ITCMD sem que haja qualquer consideração da situação econômica do sujeito passivodaobrigaçãotributária,vistoqueomiteasituaçãoreal patrimonial do sujeito passivo, mostrando-se necessário algum grau de personalização na progressão das suas alíquotas.

FONTE: Autores (2020)

4.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a Aplicabilidade das Alíquotas Progressivas do ITCMD

Ocorre que, no julgado do Recurso Extraordinário, realizado em fevereiro de 2013, houve uma alteração de entendimento, passando-se a permitir que as legislações dos Estados arrecadassem o ITCMD com alíquotas progressivas, fundamentados no princípio da Capacidade Contributiva.

Historicamente o Imposto sobre Transmissão de *Causa Mortis* e Doação (ITCMD), é um dos impostos mais antigos do mundo, sendo assim, o entendimento da Corte sempre fora o de que os tributos sem previsão expressa na Carta Magna não poderiam ter alíquotas progressivas, bem como, que a progressividade seria incompatível com impostos de natureza real, visto que a condição pessoal do contribuinte não é elemento determinante da tributação, de modo que a progressividade, para impostos reais, somente seria admitida para alcançar finalidades extrafiscais.

O STF, entretanto, vem decidindo pela aplicação “sempre que possível” dos elementos pessoais também nos impostos reais, conforme explica CASTRO(2013 , p. 87):

> Julgamentos mais recentes, entretanto, vêm apontando incoerência na tradicional classificação de tributos em reais ou pessoais, de modo a aceitar a aplicação do princípio da capacidade contributiva para tributos até então não abrigados pelo princípio em questão.

Assim sendo, como aventado na seção precedente, o STF no julgamento do RE nº 562.045/RS, decidiu favoravelmente à progressividade das alíquotas para a cobrança do ITCMD, em que o cerne da questão era a compatibilidade da aplicação das alíquotas progressivas aos tributos reais com o Princípio da Capacidade Contributiva, conforme verifica-se na no Informativo 694 do STF:

> Em conclusão, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, para assentar a constitucionalidade do art. 18 da Lei gaúcha 8.821/89, que prevê o sistema progressivo de alíquotas para o imposto sobre a transmissão *causa mortis* de doação - ITCD — v. Informativos 510, 520 e 634. Salientou-se, inicialmente, que o entendimento de que a progressividade das alíquotas do ITCD seria inconstitucional decorreria da suposição de que o § 1º do art. 145 da CF a admitiria exclusivamente para os impostos de caráter pessoal. **Afirmou-se, entretanto, que todos os impostos estariam sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tivessem caráter pessoal.** Esse dispositivo estabeleceria que os impostos, sempre que possível, deveriam ter caráter pessoal. Assim, todos os impostos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal, poderiam e deveriam guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo. Aduziu-se, também, ser possível aferir a capacidade contributiva do sujeito passivo do ITCD, pois, tratando-se de imposto direto, a sua incidência poderia expressar, em diversas circunstâncias, progressividade ou regressividade direta. Asseverou-se que a progressividade de alíquotas do

> imposto em comento não teria como descambar para o confisco, porquanto haveria o controle do teto das alíquotas pelo Senado Federal (CF, art. 155, § 1º, IV). Ademais, assinalou-se inexistir incompatibilidade com o Enunciado 668 da Súmula do STF ("*É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana*").Porderradeiro,esclareceu-seque,diferentementedoqueocorreria com o IPTU, no âmbito do ITCMD não haveria a necessidade de emenda constitucionalparaqueoimpostofosseprogressivo.RE562045/RS,rel.orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Cármen Lúcia, 6.2.2013. (RE-562045).

Diante disso, é notável a mudança de entendimento do STF com relação à progressividade dos impostos reais, bem como a possibilidade de aplicação do sistema progressivo de alíquotas somente se expressamente prevista no texto constitucional conforme Art. 145, § 1º da CRFB/198. Assim, os Ministros argumentaram no RE nº 562.045/RS, que a justiça tributária e a Capacidade Contributiva permitem a progressividade do ITCMD.

A "quebra de paradigma", que vinha sendo adotado pelo STF a respeito das alíquotas progressivas do ITCMD, comprometeram o dispositivo que preconiza a aplicação do princípio constitucional tributário da capacidade contributiva e, consequentemente, o princípio da Legalidade, sendo certo que uma das características dos princípios é aplicabilidade imediata, vedado, portanto, a abolição.

Assim, a alteração de interpretação extensiva e ativista do dispositivo constitucional trouxe desestímulos aos investimentos e ao empreendedorismo privado, evidentemente, implicando no desenvolvimento econômico, o que afronta de modo direto os direitos fundamentais.

Nesse mesmo cenário de total insegurança jurídica, se faz pertinente destacar o Princípio da Legalidade Estrita, em complemento a chamada *"reserva da lei"* (VAZ, 1992, p. 141), o princípio estabelece garantias ao sujeito passivo, ante ao poder de tributar, de modo que se aprofunda reservada proteção dos contribuintes.

Deste modo, não parece razoável admitir que em nome do interesse de todos, negue-se a aplicabilidade a um direito individual, muito embora as interpretações sigam em modo divergente, no sentido de realizar a justiça fiscal e diminuir a desigualdade econômica.

A alteração de entendimento compromete o sistema de modo geral e promove mais descréditos às instituições. Interpretações isoladas da Carta Maior representam grave risco à democracia, deve-se destacar, que direitos fundamentais e democracia, não deveriam ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário, (STRECK, 2009, p. 79), as decisões das Cortes, devem manter-se estáveis, íntegras e coerentes, e, sobretudo harmônicas, com o restante do ordenamento jurídico, essencial se faz a adoção de mecanismos para garantir a racionalidade e formação dos precedentes. Que desempenham papel determinante tanto em sua origem quanto em sua evolução (BARBOZA, 2014, p. 45).

Não há, contudo, grave afronta a uma ordem jurídica a modificação dos entendimentos e a retroalimentação dos conceitos jurídicos para dar conta de novos períodos sociais e históricos. Porém, em nome da razoabilidade, da uniformidade e, principalmente da segurança jurídica e da Igualdade, dever-se-ia estender o entendimento da progressividade em tributos reais ao ITBI.

Assim, as decisões judiciais têm o condão de materializar direitos, onde a norma abstrata incide sobre o fato, que se clarifica na sentença e/ou acórdão. Ocorre que o objeto legislativo não é suficiente para garantir sólida normatividade, restando ao juiz interpretá-la em consonância ao ordenamento jurídico, dito de outra forma, um juiz que interpreta um texto legislativo pouco claro não deve tentar ajustar uma política

pública a sua concepção pessoal do que é certo ou errado, (POSNER, 2007, p. 366), o que representaria um retrocesso do ponto de vista democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tem-se no meio tributário que imposto bom é imposto antigo, uma vez que ele se revigora pela doutrina e prospera na jurisprudência. No que se refere ao presente ensaio, não se pretende consolidar, tampouco, esgotar, os estudos e debates sobre o tema da progressividade dos tributos. Ao contrário, permitem-se, a partir dessas reflexões, novos estudos sobre o tema.

Como visto, a partir da teoria de Kuhn, faz parte da essência dos indivíduos, a inexistência de neutralidade aos julgamentos, traço esse, possível e necessário de acordo com a conveniência e adequação.

A mudança de paradigma consiste justamente na alteração ocasional e repentina que ocorre, através das experiências entre o sujeito e objeto. Pela Teoria da Tripartição dos Poderes, foi confiada a cada um dos Poderes a competência tributária, em corolário aos limites estabelecidos pela Magna Carta. Ocorre que os excessos legislativos se mostraram problemáticos, de modo que a máquina legislativa não acompanha as alterações e relações sociais, dificultando a aplicação do direito como, também, o funcionamento harmônico entre os Poderes.

Resposta imediata, com o fenômeno do constitucionalismo, observa-se a permissiva de interpretações diversas por parte dos magistrados. Os excessos dessa, acabam por formar um direito jurisprudencial, desordenado e que carece de técnica e coerência, e, sobretudo fidelidade aos seus julgados.

Logo, percebe-se uma inversão contemporânea, o Direito vale menos do que os argumentos morais, estuda-se mais o que “os juízes pensam” do que “o próprio Direito”.

A atuação protagonista do STF em matéria tributária representa um óbice ao funcionamento das instituições, decisões muitas vezes políticas, que não levam em consideração parâmetros jurídicos, tampouco, direitos e garantias individuais.

Nessa construção, ainda que insipiente, o estudo permite elencar e trazer à baila algumas diretrizes básicas para o início do desenvolvimento de uma teoria pura no que tange o assunto “precedentes em matéria tributária”, reforçando a prestação jurisdicional, pretendendo a redução da insegurança jurídica dos contribuintes, ambicionando a efetivação de direitos fundamentais como da Capacidade Contributiva e da Estrita Legalidade Tributária, evitando que a relação jurídica tributária, formada entre sujeito ativo e sujeito passivo, fique ainda mais intrincada.

Alegoria que refaz o pano de fundo da presente discussão, vai ao encontro da obra Odisseia, do século VIII a.C. de Homero. Como é sabido, Ulisses, quando retornava da Batalha de Tróia, percebeu que passaria pela ilha de Capri, temeroso em sucumbir ao canto da sereia, determinou que fosse colocado cera em seus ouvidos e dos tripulantes, e ainda, que ele fosse amarrado junto à embarcação.

Ulisses acorrentado à embarcação é a representação eloquente do juiz consciente. Consciente do seu senso de justiça, mas firme em suas decisões, fiel em seus julgados, coerente e inflexível aos encantos e sussurros, paixões temporárias, interesses derivados, imparcial às preferências pessoais de cada um dos indivíduos.

As interpretações emanadas do Poder Judiciário representam um risco à democracia e principalmente aos direitos fundamentais, como da Capacidade Contributiva e da Estrita Legalidade, elencadas pelo legislador originário, não por acaso, sendo assim, a análise dos precedentes deve levar em consideração as especificidades da ordem jurídica nacional.

Inclusive, destaca-se que todo esse cenário deve ser visto sob o manto da segurança jurídica, de modo que o contribuinte cumpra sua obrigação tributária

amparado pelo princípio da legalidade, na medida em que age em conformidade com a lei.

Nesse sentido, é possível visualizar a atuação ativista da jurisdição constitucional em matéria tributária, em referência ao julgamento do RE nº 562.045-RS, que interpretou constitucional a cobrança das alíquotas progressivas do Imposto sobre Transmissão de *Causa Mortis* e Doação (ITCMD), suprimindo, ainda, garantias fundamentais do cidadão, especialmente aqueles ligados à liberdade, como o direito de propriedade, livre iniciativa e o fundamental direito à existência digna. Para além disso, a decisão representa um desestímulo aos investimentos privados, efeito esse, que implica no desenvolvimento econômico.

Desta forma, apesar de não ter previsão expressa na Carta Magna, o STF por meio do ativismo judicial, aplicando de forma extensiva o Princípio da Capacidade Contributiva preconizado no art. 145, § 1º da CRFB/1988, reconheceu a progressividade das alíquotas do ITCMD, representando uma busca pela igualdade.

Os Princípios da Capacidade Contributiva e da Progressividade se mostram ao Direito Tributário como pilares fundamentais em busca da justiça fiscal, enfatizando que todos devem contribuir de acordo com suas possibilidades para que o Estado possa atender às necessidades da coletividade.

Assim, ao analisar os elementos de mensuração da Capacidade Contributiva é possível estabelecer a progressividade nos tributos, fazendo com que quem ganha mais contribua com uma parcela maior do ônus estatal, havendo um aumento do peso tributário aos que possua uma posição economicamente mais favorável.

Assim, como na alegoria de Ulisses, é imprescindível, que haja fixação, coerência e adequação das decisões, os juízes devem cumprir sua função de hermeneutas, qual seja, aplicação da norma de forma a contribuir pra um sistema pautado na confiabilidade, permitindo um afastamento de surpresas nas decisões.

Portanto, não é adequado, nem razoável do ponto de vista jurídico, que o Direito, enquanto ciência normativa, assemelhe-se como uma loteria.

Por fim, a utilização dos precedentes em matéria tributária dentro dos limites constitucionais, apresenta-se de modo inovador e construtivo. Contudo, sua aplicação deve considerar o sistema com suas complexidades e utilizar de modo adequado, sobretudo, com parcimônia, buscando otimizar os direitos fundamentais. Resulta em *mui* valoroso a integridade das instituições e dos contribuintes, com igualdade nos tratamentos. Desta forma, ganha a segurança jurídica, e principalmente a estabilidade da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BECHO. Renato Lopes. **A aplicação dos precedentes judiciais como caminho para a redução dos processos tributários.** Revista da Faculdade de Direito UFMG, nº 71, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 abril. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 562.045 RIO GRANDE DO SUL**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL: PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

Relator: Min. Ricardo Lewandowiski, 06 de fevereiro de 2013. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039. Acesso em: 26 de abr. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CASTRO. João Pedro Almeida Viveiros de. Novos Olhares sobre o Princípio da Capacidade Contributiva. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 112, p. 85– 122, set – out. 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER, Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, Ed., -17. Ed. - Salvador Jus Podivm, 2018.

DWORKIN, R.**A Virtude Soberana**. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro Del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s), Madri: Trotta, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio BenoSiebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

HOMERO. **A Odisseia**. 1ª ed., Rio de Janeiro, Ediouro. 1997.

JARACH, D. El HechoImponible. **Teoría General delDerechoTributarioSustantivo**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

KUHN, T.S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LIMA NETO, Manoel Cavaleante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 4 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

POSNER, Richard. Problemas de Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**, Curitiba: Juruá Editora, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte"**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(2):75-83 julho-dezembro, 2009, UNISINOS.

VANONI, E. **Natura e dInterpretazione delleleggi tributarie**. A transcrição é da edição espanhola de 1961 publicada pelos Instituto de Estúdios Fiscales, Madrid. 1932.

VAZ, Manoel Afonso. **Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976**. Porto, 1992.

REVISTA DIREITO FAE

FAMÍLIA ACOLHEDORA UMA ESTRATÉGIA DE PROTEÇÃO EM CONSTRUÇÃO

HOST FAMILY A PROTECTION STRATEGY UNDER CONSTRUCTION

Sayonara SAUKOSKI[1]

Fabiana SADY KURELO[2]

RESUMO

Este artigo tem por objetivo estudar referente à família acolhedora, considerando aspectos jurídicos e viés de proteção à criança e ao adolescente. Explana sobre a transformação da família, analisando as fases, regramentos e as mudanças e também sobre o atendimento à criança e ao adolescente. Analisa aspectos legais caracterizadores da temática, bem como se busca contribuir para que haja esclarecimento sobre este instituto. A família acolhedora constitui-se de uma nova estratégia de enfrentamento à violência no âmbito familiar a crianças e adolescentes, a fim de tirá-los de situação de risco e vulnerabilidade com intuito de efetivar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária. A análise é de suma importância por se referir a um assunto que é cada dia mais frequente na sociedade, a qual a violência tem ocorrido em âmbito familiar e com isso trazendo consequências graves à vida de diversas crianças e adolescentes, exigindo, portanto, ações por parte de

[1] Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, validado pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora, inclusive orientadora do NPJ, da Unisecal - Ponta Grossa/PR. Professora Líder em Grupo de Estudos em Biodireito. Advogada. Contado: sayosau@hotmail.com.

[2] Assistente social, formada pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Especialista em Gestão Pública. Graduando Direito pela UniSecal Ponta Grossa-Pr. Contado: biakurelo@hotmail.com.

todos, ou seja, do trinômio: família, sociedade e Estado. Desse modo, busca-se expor sobre o acolhimento familiar em substituição ao acolhimento institucional. O método qualitativo perpassa o estudo, possibilitando a análise subjetiva dos acontecimentos jurídicos - sociais que permeiam o direito de família. Para tanto, realiza-se a pesquisa documental, bibliográfica e doutrinária acerca do Direito de Família, do Direito Constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no que tange os princípios que tutelam as relações de família e rompimentos de vínculos que desencadeiam a institucionalização, bem como possível colocação da criança ou adolescente em família acolhedora.

PALAVRAS-CHAVE: Convivência Familiar. Criança e Adolescente. Família Acolhedora.

ABSTRACT

This article aims to study the welcoming family, considering legal aspects of child and adolescent protection. It will explain about the transformation of the family, analyzing the phases, rules and changes and also about the care for children and adolescents. Legal aspects that characterize the theme will be analyzed, as well as an attempt to contribute to clarify this institute. The welcoming family constitutes a new strategy to face violence in the family environment, children and adolescents, in order to remove them from risk and vulnerability in order to realize the fundamental right to family and community coexistence. The analysis is extremely important because it refers to an issue that is more and more frequent in society, which violence has been occurring in the family and thus bringing serious consequences to the lives of several children and adolescents, requiring, therefore, actions by part of everyone, that is, the trinomial: family, society and state. In this way, an attempt will be made to expose family care instead of institutional care. The qualitative method runs through the study, enabling the subjective analysis of the legal and social events that permeate family law. To this

end, bibliographic and doctrinal research on Family Law, Constitutional Law and the Child and Adolescent Statute (ECA) was carried out, with regard to the principles that protect family relationships and the breaking of bonds that trigger the institutionalization, as well as possible placement of the child or adolescent in a welcoming family.

KEYWORDS: Welcoming family. Child and adolescente. Family life.

1 INTRODUÇÃO

Elucidar sobre exercício de cuidado temporário a uma criança ou adolescente que vivencia situação de risco social ou violência no âmbito familiar, o qual passa a ser atribuída a pessoas de uma família em que se denomina família acolhedora, desperta interesse em segmentos da sociedade, no sistema de justiça e de políticas sociais, voltadas à proteção das crianças e adolescentes.

Considerando a premissa de ser dever da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público proporcionar garantias fundamentais, dando à criança e adolescente prioridade absoluta, estes, quando não correspondidos no seio familiar, passam a ser contemplados por outras esferas que visam efetivação de direitos e proteção, sendo uma medida excepcional em família substituta, a qual pode ser realizada mediante guarda, tutela ou adoção.

Estudar a temática família acolhedora na seara do Direito de Família no viés de família substituta, analisando requisitos e legislação, se justifica por ser um tema de relevância social e acadêmica que possibilita identificar uma nova estratégia adotada na sociedade a fim de efetivar direitos contemplados na Constituição, ECA e demais leis vigentes.

Para tanto explanar-se-á primeiramente sobre as transformações no Direito de Família e no atendimento à criança e ao adolescente, onde identificam-se mudanças

históricas quanto às formas de cuidado e proteção. Num segundo tópico, abordar-se-ão os conceitos e diferenciações quanto à institucionalização e família acolhedora. Também apontar-se-á nesse trabalho, na legislação atual, quais são os requisitos legais para acolhimento familiar. No último tópico será apontado traços de sua aplicabilidade e, para tanto, trazer-se-á sobre a família acolhedora no município de Ponta Grossa, PR.

O tema encontra guarida em políticas sociais e na esfera jurídica com fundamentação em autores como: Valente (2013) Lobo (2015), Baptista (2018), entre outros manuais jurídicos e planos elaborados pelo Ministério de Desenvolvimento Social, viabilizando, por meio desses, um maior esclarecimento sobre o tema abordado, por meio de uma pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico e documental. Dados pertinentes ao município de Ponta Grossa, PR, no tocante às famílias acolhedoras, proveem do Relatório da família acolhedora, do Departamento de Proteção Social Especial de Alta Complexidade, da Fundação de Assistência Social de Ponta Grossa (2020).

Neste liame, explanar-se-ão as transformações no Direito de Família, apontando-se aspectos jurídicos, bem como sobre a família acolhedora e seus requisitos para aplicabilidade.

O interesse em desenvolver a presente pesquisa surgiu de reflexões referentes às mudanças na realidade das famílias e das formas de intervenção no atendimento das crianças e adolescentes, principalmente em relação ao acolhimento familiar, temática esta que emerge como uma recente estratégia legalmente preferencial se comparada à institucionalização.

2 AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA E NO ATENDIMENTO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A família consiste numa base primordial da sociedade, na qual o ser humano desenvolve seu senso cultural, ideológico, moral, psicológico, desencadeando reflexos e um conjunto de relações em que se objetivam ser duradouras e permanentes. Porém, naquela também pode ocorrer rompimento de laços de afetividade e de interação, incidindo diversas manifestações de violação de direitos, sendo necessário o afastamento desse meio e, consequentemente, a substituição a fim de garantir proteção e demais direitos constitucionais (PERLINGIERI, 2007).

Historicamente, as relações familiares no Brasil eram basicamente restritas aos laços consanguíneos, ocorrendo assim ruptura ou situações de violência em que algumas crianças eram marginalizadas e ficavam à mercê da sociedade. Assim, as questões de cuidado das crianças e adolescentes que vivenciavam situações de abandono ou orfandade tornaram-se uma questão pública e social. Somente em meados do século XIX, ocorreram adaptações nos modos de acolhimento já existentes, como as instituições asilares (orfanatos) e a Roda dos Expostos (VALENTE, 2013).

As Rodas, instauradas nas Santas Casas de Misericórdia, recebiam as crianças ali abandonadas que eram enviadas para amas de leite, as quais se encarregavam de seus cuidados e recebiam pagamento pela sua criação (COSTA; ROSSETTI-FERREIRA, 2008).

Com base nos estudos de Valente (2013, p.73),

> [...] a roda foi fortemente utilizada não apenas como uma forma de assistência aos pobres, mas também como uma alternativa para a entrega de filhos ilegítimos e filhos de mães solteiras. A falta de recursos para pagamento de amas de leite também acarretava grande procura a esse recurso. Portanto, além das questões relativas à pobreza e as estratégias de sobrevivência, compreende-se que questões de ordem moral também levavam as famílias à entrega de seus filhos à roda.

No início do século XX, surgem programas oficiais de assistência à criança e ao adolescente, denominados naquele período de menores. Deste modo, em 1932 no Rio de Janeiro, foi criado o primeiro estabelecimento público para atendimento a crianças e adolescentes, sendo fundado o Instituto de Proteção e Assistência à Infância (PEREZ; PASSONE, 2010).

Outra mudança ocorreu por meio da Lei nº 4.242, de 05 de janeiro de 1921, em que o Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinquente autorizou o governo:

> Art. 3.I. A organizar o serviço de assistência e proteção á infância abandonada e delinquente, observadas as bases seguintes:
> a) construir um abrigo para o recolhimento provisório dos menores de ambos os sexos que forem encontrados abandonados ou que tenham cometido qualquer crime ou contravenção;
> b) fundar uma casa de preservação para os menores do sexo feminino, onde lhes seja ministrada educação doméstica, moral e profissional.
> c) Construir dos pavilhões, anexos à Escola Premonitória 15 de Novembro, para receberem os menores abandonados e delinquentes, aos quais será dada modesta educação literária e completa educação profissional, de modo que todos adquiram uma profissão honesta, de acordo com as suas aptidões e resistência orgânica.

Destarte, criaram-se estratégias de "*acolhimento"* dos *"menores abandonados e delinquentes",* verificando-se, na referida Lei, a autorização para construir *"abrigo para recolhimento provisório".*

Em 1927, foi aprovado o Código de Menores, que compilava toda a legislação existente na época, no qual se aboliu o critério do discernimento e exigia que o menor ficasse sob o cuidado dos pais até os 14 (quatorze) anos e, na impossibilidade de tais

cuidados, a internação seria então aplicada. Também foi prevista a necessidade de defesa técnica para o então menor (PEREZ; PASSONE, 2010).

Sobre o Código de Menores, Miranda (2017, p. 205) aponta que:

> A instituição do primeiro código voltado a esta população (Código de Menores [BRASIL, 1927]) surgiu neste contexto social de medidas repressivas (doutrina penal). A principal mudança trazida com aquela legislação foi a substituição da aplicação de penas por medidas de prevenção criminal e assistência, através das internações.

Em 1941, durante o governo Getúlio Vargas, criou-se o Serviço de Assistência Social ao Menor (SAM), órgão ligado ao Ministério da Justiça cuja função era equivalente à atribuída ao sistema penitenciário comum, com uma única diferença: era voltado à população juvenil. A tônica ainda permanecia na ideia de que o adolescente infrator era, simplesmente, um criminoso comum, cujo processo era apenas diferenciado (PEREZ; PASSONE, 2010).

Segundo Valente (2013, p. 75) foi nesse período que foi criado:

> [...] o Departamento Nacional da Criança, que desenvolvia ações de caráter preventivo, implementadas por serviços relacionados à puericultura e ao amparo à maternidade. Em 1942, Vargas fundou a Legião Brasileira da Assistência (LBA), primeiramente ligada à participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial, em apoio às famílias dos soldados participantes. Na sequência, ela se transformou na primeira instituição social pública de âmbito nacional, responsável por ações de apoio à família, creches, ações básicas de saúde, apoio nutricional, bancos de leite humano, educação social, documentação civil e auxílios econômicos.

Segundo Perez e Passone (2010) em 1959, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, por unanimidade, a Declaração dos

Direitos da Criança, transformando o problema da criança em um desafio que implicava uma solução universal: pais e países tinham a obrigação de proteger e de educar suas crianças.

Em 1964, no Brasil, após anos de luta para o fim SAM, órgão tipicamente repressivo, é estabelecida a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (Lei 4.513/64), cujo enfoque era claramente assistencialista e tinha como órgão nacional a FUNABEM. No início, era ligada ao Ministério da Justiça, passando, de 1972 a 1986, a integrar o Ministério da Previdência Social (PEREZ; PASSONE, 2010).

Em 1979, aprovou-se o Código de Menores (Lei 6.697) que tratava da proteção e vigilância às crianças menores e aos adolescentes em situação irregular. Previa um único conjunto de medidas destinadas, indiferentemente, às pessoas menores de 18 anos, autoras do ato infracional, carentes ou abandonadas (PEREZ; PASSONE, 2010).

Deste modo, Assis e Farias (2013, p. 65) também apontam que nesse período a institucionalização foi *"[...] em maior ou menor grau, como uma das principais políticas postas em prática pelo Estado para lidar com o dito "menor" ou "menor em situação irregular" [...].*

Com a Constituição Federal de 1988 e o ECA, os chamados menores foram então denominados criança e adolescente e, nestas Leis, são vistos como prioridade absoluta, alvos de proteção integral e especial por parte da família, da sociedade e do Estado. A mudança foi promovida e estimulada pela Frente Nacional de Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes, pela Pastoral do Menor, pelo Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, pela Comissão Nacional Criança e Constituinte, dentre outros (PEREZ; PASSONE, 2010).

Destaca-se relevância Constitucional, em especial nos artigos 226 a 230, em tratados e convenções assinados referentes à proteção à criança e ao adolescente. Obteve-se visibilidade em âmbito internacional, em convenções e documentos na área

da criança, dentre os quais se destaca a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Conforme Liberati (2003, p. 20), a Convenção *"representou até agora, dentro do panorama legal internacional, o resumo e a conclusão de toda a legislação garantista de proteção à infância".*

Na década de 90, destaca-se o ECA, cuja função é regulamentar e dar efetividade aos dispositivos constitucionais da Carta Política de 1988, que revogou o Código de Menores e a Lei 4.513/64 (PEREZ; PASSONE, 2010).

Com o ECA, a sociedade se depara, gradativamente, com mudanças pragmáticas referentes ao atendimento voltado à população infanto-juvenil e, na seara assistencial e jurídica, surgem novos desafios quando esse público, agora sujeitos de direitos, sofre violações ou é exposto a situação de risco, sendo necessárias diversificadas estratégias de intervenção, com primazia na proteção integral. Assim estabelece o artigo 3º:

> A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Para tanto, nas estratégias contemporâneas para proporcionar atendimento humanizado e com vistas à proteção, identifica-se segundo Assis e Farias (2013, p. 44):

> Outro relevante avanço em relação a alternativas de institucionalização refere-se aos Serviços de Acolhimento em Família Acolhedora (SAF), [...] Abarcando as experiências existentes no País, também denominadas como

> "Programas de Família Acolhedora", "Famílias Guardiãs", "Famílias de Apoio", "Famílias Cuidadoras", "Famílias Solidárias", o SAF representa uma modalidade de atendimento que visa oferecer proteção integral às crianças e aos adolescentes até que seja possível a reintegração familiar. Cabe ressaltar que estes Serviços se aplicam mediante medida protetiva, não se configurando como colocação em família substituta.

Segundo o Manual de Acolhimento Familiar (PARANÁ, 2017-2018, p. 14), o Serviço de acolhimento familiar é considerado:

> [...] parte integrante da Rede de Proteção Municipal. Caracteriza-se pelo acolhimento de crianças e de adolescentes, afastados das famílias de origem por decisão judicial em razão da violação de seus direitos, em famílias previamente selecionadas e capacitadas para assisti-los e protegê-los até que possam retornar à família natural ou ser adotadas.

De acordo com Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PORTAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES, 2006), o Acolhimento Familiar se destina a crianças e adolescentes de 0 a 18 anos de idade e tem por objetivos: a preservação de vínculos com família de origem, desde que não haja impedimentos judiciais; fortalecer vínculos comunitários; e preservar a história da criança ou adolescente, também quando em acolhimento familiar (BRASIL 2006).

Durante processo de acolhimento há acompanhamento dos envolvidos por meio de equipe técnica capacitada, a qual o Manual de Acolhimento Familiar (PARANÁ, 2017-2018, p. 32) afirma ser:

> [...] responsável pelo cadastramento, preparação e monitoramento das famílias acolhedoras, bem como pelo atendimento e encaminhamento das crianças e adolescentes acolhidos. É também de responsabilidade desta a

> elaboração do Plano Individual de Atendimento – PIA e o acompanhamento da família de origem ou extensa. O acompanhamento do acolhimento é sistematicamente informado ao Juiz da Vara da Infância e da Juventude.

Desse modo, esta equipe deve estar em constante comunicação com a Vara da Infância e da Juventude, em que se busca preparar a família acolhedora, o acolhido e a família de origem para reintegração familiar ou, então, para a destituição do poder familiar.

Nesta última etapa, de acordo com o ECA, quando esgotadas as possibilidades, segundo diretrizes, o Ministério Público tem o dever de ingressar com a Ação de Destituição do Poder Familiar no prazo de 15 (quinze) dias, conforme previsto no art. 101, §10º, e o Juiz, de concluí-la no prazo de 120 (cento e vinte) dias, diante do exposto no artigo 163 da mesma Lei.

3 INSTITUCIONALIZAÇÃO E FAMÍLIA ACOLHEDORA

Como explanado, na década de 90, há marcos históricos quanto às ações em proteção e garantia de direitos às crianças e adolescentes em situação de risco ou vulnerabilidade social no âmbito familiar, os quais, diante de violações a seus direitos, passam a ser retirados do meio familiar, sendo muitas vezes colocados, de maneira informal, em lares de parentes.

De acordo com Valente (2013, p. 76):

> [...] estudos mostram a existência de uma cultura muito antiga de ajuda mutua entre famílias brasileiras, identificada como cuidado familiar de crianças e adolescentes como 'filhos de criação', assumidos por uma família ou por alguém, pertencente ou não a família extensa. Esses cuidados são também estudados como um fenômeno de circulação de crianças, que se realiza naturalmente, na grande maioria das vezes sem chegar à regularização de

> guarda, ou tutela, ou adoção. Hoje, essas ações estão sendo nomeadas como 'acolhimento familiar informal' e supõem a existência de vínculos, sejam eles biológicos ou resultantes de relacionamentos significativos.

Segundo a autora, o acolhimento por familiares, ocorre devido ao não exercício do direito de guarda dos genitores e os motivos são diversos, entre os quais podem-se citar problemas relacionados à ordem econômica, social ou de saúde.

Há casos em que as situações de vulnerabilidade alcançam a família extensa, sendo esta conceituada na Lei de Adoção, acrescido ao parágrafo único do artigo 25 do ECA:

> Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (Incluído pela Lei nº 12.010, 2009).

Assim, como explanado, pelo fato de as mazelas econômicas, sociais e de saúde também alcançarem as famílias extensas, por vezes, que ficam impossibilitadas de dispensar os devidos cuidados à criança ou adolescente (VALENTE, 2013).

Outro fato que não pode ser desconsiderado é o desinteresse de familiares em assumir responsabilidades de guarda a essas crianças e adolescentes, mesmo que existam laços biológicos ou de afetividade.

Em paradoxo, identifica-se, na cultura brasileira, uma informalidade quanto ao acolhimento familiar situação que, por vezes, só chega ao conhecimento público quando há uma situação extrema de regularização de documentos, ou então ocorrência de novas violações de direitos da criança ou adolescente acolhido que, consequentemente, passam a fazer parte da rede de atendimento social público e,

por vezes, ocorre à institucionalização. O ECA em seu artigo 7º aponta que *"A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".*

Assim, esgotadas as alternativas de convivência com familiares e parentes, e com objetivo de proporcionar os direitos expostos no artigo supracitado, Valente (2013, p. 107), elenca as atividades ofertadas pelo Sistema Único de Assistência Social (SUAS), o qual prevê dentre os serviços de Proteção Especial de Alta Complexidade de crianças e adolescentes, *"as modalidades: atendimento integral institucional, Casa-Lar, Família Acolhedora, República e Casa de Passagem".* Tais modalidades recebem respaldo por meio de políticas públicas sociais, com embasamento teórico Constitucional, na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS/93), bem como por meio da aprovação do ECA/1990, de modo a garantir acesso a direitos fundamentais.

Dentre tais direitos, cita-se o contido no artigo 19 do ECA: o direito à Convivência Familiar e Comunitária, assegurando a toda criança e adolescente o direito de ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, zelando por um ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Outro importante acontecimento que atingiu as crianças e adolescentes foi por meio do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, com a aprovação da Política Nacional de Assistência Social (PNAS/2004) sendo o acolhimento parte das ações de Proteção Social Especial de Alta Complexidade, em que regulamenta o acolhimento familiar como política pública em âmbito nacional (VALENTE, 2013).

Também em 2009 aprovou-se a Lei nº 12.010, que altera o ECA, de modo que os serviços de acolhimento em famílias acolhedoras passam a ter preferência ao

acolhimento institucional (art. 34 § 1º). Sobre essas modalidades de atendimento, Valente (2013, p. 105) aponta:

> Tanto o acolhimento institucional quanto o acolhimento em família acolhedora são modalidades de atendimento integral de proteção social especial de alta complexidade do SUAS. Cumprem a finalidade de acolher e oferecer proteção integral a crianças e adolescentes quando necessitam ser afastados temporariamente do convívio familiar de origem ou quando já não contam com a proteção e os cuidados de suas famílias. No entanto, diferem quanto a metodologia e a natureza jurídica.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 243, prevê que a criança tem direito a viver em família, não em instituições, de modo que a colocação em família acolhedora surgiu como um programa formal, uma prática alternativa à institucionalização. Não deve, portanto, estabelecer filiação não biológica, tampouco se refere à adoção, na afetividade, no sentimento unilateral para com determinada pessoa (PARANÁ, 2017-2018).

Verifica-se no século XXI uma reorganização na oferta de política pública no viés de desabrigamento e para a construção de alternativas ao acolhimento de crianças e adolescentes na perspectiva de prevenção do abandono e garantia de proteção prevista no (até então) ECA, bem como da importância de convívio familiar e comunitário (VALENTE, 2013).

Solidificando estratégias de desacolhimento institucional, em 2006, foi elaborado o Plano Nacional de Convivência Familiar, o qual prevê, como alternativa privilegiada ao acolhimento institucional, o acolhimento familiar. Em 2009, a Lei nº 12.010 acrescentou o parágrafo 1º do art. 34 ao ECA: "*A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei*".

Deste modo, elevando o acolhimento de crianças ou adolescentes em programas de acolhimento familiar ao grau preferencial em relação ao acolhimento institucional.

No mesmo viés, no ano de 2016 foram acrescidos na Lei nº 13.257 (Políticas Públicas para a Primeira Infância) os parágrafos 3º e 4º, os quais apontam a importância de a União apoiar a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, assegurando tal implementação.

> § 3ºA União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e de adolescentes em residências de famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção.
> § 4º Poderão ser utilizados recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento em família acolhedora, facultando-se o repasse de recursos para a própria família acolhedora. (NR)

De acordo com o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2006, p. 43), o instituto caracteriza-se:

> […] como um serviço que organiza o acolhimento, na residência de famílias acolhedoras, de crianças e adolescentes afastados da família de origem mediante medida protetiva. Representa uma modalidade de atendimento que visa oferecer proteção integral às crianças e aos adolescentes até que seja possível a reintegração familiar.

Dessa forma caracterizada, a família acolhedora permite que a criança ou adolescente tenha possibilidade de convívio em um seio familiar, embora não seja o

seu, o que representa a não institucionalização e dá acesso a garantias com base nos princípios de dignidade da pessoa humana, bem como acesso a convivência familiar e comunitária, conforme preconizado pela Lei (VALENTE, 2013).

4 REQUISITOS LEGAIS PARA ACOLHIMENTO FAMILIAR

O sistema jurídico brasileiro solidificou o entendimento sobre quando o acolhimento é necessário, por meio do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Estabeleceu-se ser dever da família, da sociedade e do Estado proporcionar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a proteção, a dignidade, o respeito e a convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1988).

Quando há a violação dessas ou outras garantias dentro do seio familiar, o Estado atua como garantidor de tais, proporcionando, por meio de políticas públicas em conjunto com a sociedade, a proteção integral que crianças e adolescentes necessitam, de modo que estes, a princípio, mantenham a relação que já possuíam com a família dos pais biológicos e passando a ter a relação de convívio com a família dos pais acolhedores, sem com isso constar nenhuma alteração documental ou de registro, não afetando seus direitos personalíssimos, bem como impedindo a adoção pela família que a acolheu (PARANÁ, 2017-2018).

Dentre as possibilidades apontadas no ECA (foi grifado):

> § 4 ºNa hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva **programa de acolhimento familiar** ou institucional. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017).

Como explicitado, a família acolhedora torna-se uma das hipóteses à não institucionalização, sendo que esta modalidade, por meio de acompanhamento individualizado, possibilita que a criança ou adolescente retorne ao convívio familiar na perspectiva de acolhimento sob guarda provisória. Segundo o Instituto Geração Amanhã (2019, p. 12):

> O acolhimento é feito por meio de um termo de GUARDA PROVISÓRIA, solicitado pelo Serviço de Acolhimento da REGIÃO (município ou comarca) para uma FAMÍLIA ACOLHEDORA previamente cadastrada, A guarda provisória é concedida por ordem judicial.

Assim, uma vez colocado em família acolhedora, com termo de guarda provisória, o acolhido se mantém sem mudanças jurídicas e documentais uma vez que essa modalidade de acolhimento, não gera vínculos socioafetivos que possam acarretar direitos sucessórios e demais efeitos. Todavia há regramentos e acompanhamento das famílias que recebem a criança ou adolescente.

Segundo o Manual de Acolhimento Familiar (2017/2018), *"trata-se de serviço de Alta Complexidade, que necessita de criação e regulamentação por meio de Lei Municipal".* Neste, prevalece o estabelecido como requisitos no ECA em que fica evidente a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente e o direito à personalidade, visto que o excesso de proteção por parte do Estado em relação à convivência familiar e comunitária não pode ser vista como prejudicial ao seu desenvolvimento pessoal.

Verifica-se, segundo o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA 2006) que "*o acolhimento familiar sujeita-se aos mesmos princípios do acolhimento institucional, portanto, não deve ser superior a 18 (dezoito) meses, conforme estabelecido pelo ECA (Art. 19, § 2°)".* Segundo Valente (2013, p. 63):

> No ECA está expresso o caráter administrativo de medidas protetivas quando ele delega a uma autoridade administrativa, o Conselho Tutelar (nos incisos I e II do art. 136), a atribuição de aplicar as medidas protetivas previstas nos incisos I a VIII do art. 101 e aquelas pertinentes aos pais ou responsáveis: incisos I a VII do art. 129. Tais medidas de proteção estão disciplinadas no Título II da Parte Especial do ECA (Das medidas de proteção).

Com a regulamentação, acima atribuída ao Conselho Tutelar, de aplicar as devidas medidas protetivas, torna-se imprescindível destacar quais as situações que a Lei atual determina que haja aplicação de medidas de proteção. Para tanto, cita-se artigo 98 do ECA.

> As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei foram ameaçados ou violados:
> I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
> II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
> III – em razão de sua conduta.

Quando identificada a violação de direitos por meio das atitudes mencionadas neste artigo, ocorre então o acolhimento institucional ou familiar. Ambos previstos no artigo 90 do ECA:

> § 1 º-As entidades governamentais e não governamentais deverão proceder à inscrição de seus programas, especificando os regimes de atendimento, na forma definida neste artigo, no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual manterá registro das inscrições e de suas alterações, do que fará comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
> [...]

> III - em se tratando de programas de acolhimento institucional ou familiar, serão considerados os índices de sucesso na reintegração familiar ou de adaptação à família substituta, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Com base nesses artigos, identifica-se a importância de regulamentação municipal quanto aos programas, bem como a efetiva busca em garantir direitos proporcionando reintegração familiar ou então adaptação a família substituta.

Nesse sentido, Valente (2013, p.77) expõe que,

> O encaminhamento de uma criança ou adolescente para uma medida protetiva de acolhimento institucional ou familiar somente tem sentido de justiça se ocorrer mediante procedimentos legais que garantam o direito da família de origem ao recurso do contraditório e à ampla defesa do superior interesse da criança e do adolescente.

Portanto, cabe mencionar que tais medidas protetivas, como cita autora, deve seguir procedimentos legais, os quais possibilitem defesa da família de origem, bem como dar primazia a proteção especial à criança ou adolescente, visando sempre melhor alternativa para o mesmo.

Segundo orientações do Manual de Acolhimento Familiar (PARANÁ, 2017-2018), *"O acolhimento é temporário e excepcional. Portanto, assim que a criança estiver em condições de retornar à sua família, será reintegrada. Caso não seja possível o retorno, os pais serão destituídos do poder familiar e a criança, encaminhada para adoção".*

Dada à importância, há requisitos para se tornar família acolhedora, estabelecidos por Lei municipal (já supracitado) que cria e regulamenta esse Serviço.

Ainda segundo o Manual de Acolhimento Familiar (PARANÁ, 2017-2018, p. 13), para *"sucesso do Serviço"* depende de uma Equipe Técnica vocacionada e

capacitada (...) e há requisitos indispensáveis, se fazendo necessária *"a correta seleção e o treinamento das famílias acolhedoras, a delimitação de suas funções, o esclarecimento das diferenças entre o acolhimento e a adoção".*

5 FAMÍLIA ACOLHEDORA NO MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA – PR

Imperioso é conhecer a realidade do programa no município em que se aplica, de modo que Martins, Costa e Rossetti-Ferreira (2010, p. 368), destacam:

> Conhecer a constituição e o modo de funcionamento dos programas é de fundamental importância, pois permite delinear como essas práticas de atenção a crianças e adolescentes em situações de vulnerabilidade estão sendo concretizadas, possibilitando que sejam sugeridas eventuais modificações na estrutura formal e práticas cotidianas.

O Programa família acolhedora, atualmente, no município de Ponta Grossa-PR, foi instituído por meio da Lei nº 13.702, de 07 de maio de 2020, sendo conforme esta, destinado à crianças e adolescentes, compreendidos entre 0 (zero) a 18 (dezoito) anos incompletos, [...] *"que tenham seus direitos ameaçados ou violados, vítimas de violência sexual, física, psicológica, negligência, em situação de abandono e que necessitem de proteção, sempre com determinação judicial".* Segundo a Lei, excepcionalmente estende-se esse prazo até os 21 (vinte um) anos de idade, considerando o disposto no Art. 2º do ECA.

Para tanto, a execução do Programa, assim como previsto na legislação (tipificação dos serviços socioassistenciais) depende de um conjunto de planejamento, acompanhamento e ações a fim de viabilizar a devida proteção integral as crianças e adolescentes e suas famílias, bem como as famílias denominadas acolhedoras.

Com base no Relatório Família Acolhedora do Serviço de Acolhimento Familiar (PONTA GROSSA, 2020), do mês de agosto de 2020 à execução do serviço, foi designada à Fundação Municipal de Assistência Social, por meio do Departamento de Proteção Social Especial, parte do serviço de Alta Complexidade. Com base na Lei Municipal, o programa tem por objetivos:

> I. garantir às crianças e adolescentes em situação de risco e que necessitem de proteção, o acolhimento provisório por famílias acolhedoras, respeitando o seu direito à convivência em ambiente familiar e comunitário;
> II. oferecer apoio às famílias de origem, favorecendo a sua reestruturação para o retorno de seus filhos, sempre que possível;
> III. contribuir no enfrentamento da situação vivida pelas crianças e adolescentes com menor grau de sofrimento e perda, preparando-os para a reintegração familiar ou colocação em família substituta.
> Parágrafo único – A colocação em família substituta de que trata o inciso III dar-se-á através das modalidades de tutela ou guarda, que são de competência exclusiva do Juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Ponta Grossa.
> § 1º. O atendimento aos adolescentes dependerá da disponibilidade de acolhimento das famílias acolhedoras cadastradas.

Com esses pilares, identifica-se por meio do Departamento de Proteção Social de Alta Complexidade de Acolhimento Familiar do município, que este realiza atendimento em sede própria desde 10 de março de 2020, na Rua Luís Copla, frente ao número 60, Jardim Carvalho (PONTA GROSSA, 2020)

O serviço propõe atendimento para máximo de até 15 (quinze) famílias de origem e 15 (quinze) famílias acolhedoras. Verifica-se ainda que, no município de Ponta Grossa, PR, são requisitos para participar do Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora, conforme artigo 9º do estabelecido em Lei Municipal:

> I. integrar a faixa etária de 21 a 65 anos, sem restrição de sexo e estado civil;
> II. firmar declaração de desinteresse na adoção;
> III. comprovar a concordância de todos os membros da família;
> IV. residir no Município de Ponta Grossa;
> V. ter disponibilidade de tempo e interesse em oferecer proteção às crianças e adolescentes.
> Parágrafo único – Além dos requisitos constantes deste artigo será obrigatória a apresentação de um parecer psicossocial favorável.

Para seleção das famílias cadastradas, conforme preconiza a legislação, é realizado estudo psicossocial envolvendo todos os membros da família. Os pareceres emitidos pela Equipe Técnica ficam a disposição do Ministério Público e Poder Judiciário, para acompanhamento do cadastramento das famílias acolhedoras.

Desde sua reformulação até mês de agosto do presente ano, o serviço atendeu um total de 07 (sete) crianças, sendo que o motivo mais alegado para justificar o acolhimento das crianças e adolescentes foi à negligência/abandono da família.

Vale dizer que o Serviço de Acolhimento Familiar está funcionando com horário reduzido devido às medidas de prevenção à pandemia do COVID-19, com atendimento ao público de segunda a sexta-feira, das 10h às 16h. O serviço dispõe de veículo próprio para realização de visitas domiciliares, previamente agendadas.

A equipe do Programa é composta por 1 (uma) Coordenadora, 2 (duas) Assistentes Sociais, 1 (uma) Psicóloga, 1 (uma) Educadora Social e 1 (uma) estagiária do curso de Serviço Social (PONTA GROSSA, 2020).

Segundo Assis e Farias (2013, p. 307), o trabalho da equipe técnica é de suma importância e,

> [...] baseia-se em um tripé: atuação com a família de origem visando à reintegração; acompanhamento da criança ou do adolescente acolhido; e

> acompanhamento da família acolhedora. As seguintes atividades são de sua incumbência: realização de visitas; entrevistas; elaboração de relatórios; seleção, formação continuada e acompanhamento das famílias acolhedoras; desenvolvimento de ações com a família de origem; participação em reuniões de equipe para discussão dos casos e realização de atendimentos na sede do SAF.

Esse processo de acolhimento que autor menciona envolver a família de origem, a criança e o adolescente e a família que o acolhe, possibilita maior amplitude em alcançar efetiva medida de proteção conforme previsão no ECA, pois tem olhar voltado a preservar vínculos familiares e comunitários.

O trabalho técnico com a família de origem deve ter olhar voltado à reintegração da criança e adolescente, contribuindo para que se reestabeleça convivência e se construam relacionamentos saudáveis e garantidores de mais direitos, pois, conforme legislação, prima-se pela preservação de vínculos.

Trata-se do direito *"consagrado na legislação brasileira"* de ser criado e educado em sua família. *"Portanto, afastá-los do convívio familiar constitui-se medida excepcional e provisória que exige fundamentação legal e processo judicial deflagrado pela autoridade competente"* (ASSIS; FARIAS 2013, p. 331).

No Brasil, segundo pesquisa realizada por Assis e Farias (2013), são 791 famílias selecionadas, cadastradas e preparadas para o acolhimento: 22 no Centro-Oeste, 30 no Nordeste, 10 no Norte, 292 no Sudeste e 437 no Sul.

No município de Ponta Grossa, atualmente o serviço possui 07 (sete) cadastros ativos, os quais apresentaram documentação solicitada pela equipe e seguiram instruções. Desses, 03 (três) estão acolhendo, 01 (um) está disponível para acolhimento e 03 (três) estão suspensos temporariamente. (PONTA GROSSA, 2020)

Para execução de uma política pública voltada ao atendimento ao atendimento integral da criança e do adolescente, demonstrando preocupação com

todas as etapas necessárias para funcionamento do Programa Família Acolhedora Municipal, é preciso segundo Valente (2013, p. 77):

> Reconhecendo a importância da mobilização do Estado e da sociedade para que as crianças e os adolescentes fossem vistos de forma indissociável de seu contexto familiar e comunitário, o PNCFC/2006 salienta que não se pode perder de vista a importância das ações transversais e intersetoriais. As crianças e os adolescentes não são fragmentados e, portanto, o seu atendimento tem que garantir sua totalidade, bem como o seu caráter de sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento.

Com esse olhar também de ações transversais e intersetoriais que ultrapassam barreiras individuais e de segmentos e ao mesmo tempo que absorve as peculiaridades de cada sujeito enquanto único e em desenvolvimento. Deste modo, com base no relatório mensal do serviço, referência agosto de 2020, a equipe executa as seguintes atividades em etapas pré-definidas:

a) Divulgação: de responsabilidade da equipe do Serviço de Acolhimento Familiar, é realizada continuamente através das redes sociais, com o objetivo de captar novas famílias para inserção no serviço;

b) Inscrições e cadastros: de responsabilidade da equipe técnica, são realizados continuamente por entrevistas, divulgação e orientação. O objetivo é aproximar as famílias pretendentes ao programa;

c) Capacitação com famílias candidatas: de responsabilidade da equipe do Serviço de Acolhimento Familiar e profissionais convidados, é realizada com periodicidade trimestral com dois encontros (um presencial e outro online) com as famílias pretendentes. O objetivo é informar, orientar sobre o funcionamento do serviços e apresentar a rede de atendimento municipal, além de buscar o desenvolvimento infantil (biopsicossocial). A última capacitação foi realizada em maio de 2020, por meio de Tecnologia de Comunicação Remota e ainda presencial de forma individual;

d) Seleção de famílias: de responsabilidade da equipe técnica, é realizada continuamente utilizando-se de visita familiar, entrevista com familiares e elaboração de relatório psicossocial a ser enviado à Vara da Infância e Juventude, com objetivo de estudo psicossocial;

e) Encontros virtuais (medida tomada devido pandemia): de responsabilidade da equipe do Serviço de Acolhimento Familiar, é realizado continuamente através de contatos por whatsapp, vídeo chamadas e videoconferências pela plataforma Zoom, com objetivo de dar apoio e proporcionar discussões, orientações e troca de experiências com as famílias acolhedoras;

f) Acompanhamento familiar: de responsabilidade da equipe do Serviço de Acolhimento Familiar, é realizado de maneira contínua com a construção do PIA – Plano Individual de Atendimento por meio de visitas domiciliares e atendimento por vídeo chamadas. O objetivo é acompanhar o processo de adaptação da criança e da família acolhedora, bem como dar apoio para o enfrentamento de dificuldades. Além disso, o acompanhamento garante a promoção e acesso a direitos e também segue o processo da família biológica;

g) Visitas virtuais (devido pandemia): realizadas continuamente, são de responsabilidade da equipe do Serviço de Acolhimento Familiar, onde é feito o contato com a criança e/ou adolescente com a família de origem através de vídeo chamadas, conforme determinação judicial. Com isso, é possível promover a reaproximação, manutenção e/ou fortalecimento dos vínculos familiares;

h) Articulação com a Vara da Infância e Juventude: o objetivo é fazer um estudo de caso para conhecimento do histórico da criança e acordos com a Vara da Infância, a fim de favorecer as intervenções, especialmente nos casos de desligamento. Por isso, é essencial que as informações sejam apuradas com a maior antecedência possível. A articulação é realizada de maneira contínua e é de responsabilidade da equipe do Serviço de Acolhimento Familiar e do SAI;

i) Trabalho de desligamento: de responsabilidade do Serviço de Acolhimento Familiar e do SAI, é realizado continuamente com o objetivo de preparar a criança e/ou adolescente, bem como a família acolhedora, para o desligamento. O trabalho é efetivado realizando atendimento psicossocial para abordagem do tema, por meio de Tecnologia de Comunicação Remota;

j) Projeto *"Fazendo História"*: uma das etapas finais do programa, consiste na construção de um álbum para registro dos momentos significativos vivenciados durante o processo. É realizado continuamente, sob responsabilidade da equipe do Serviço de Acolhimento Familiar. Nesta etapa, as famílias são orientadas, por meio de Tecnologia de Comunicação Remota, a reunirem fotos, figuras, relatos e textos descritivos, entre outros, para a formação do álbum;

h) Supervisão técnica: as equipes do programa realizam continuamente encontros temáticos à distância com parceiros especialistas externos, capacitações e cursos online, para que haja a constante atualização de temas relevantes para o serviço de estudo de caso e, ainda, o cuidado com o bem-estar emocional dos técnicos.

Possível portanto, com ações desenvolvidas vislumbrar todos os aspectos referentes ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, integrando o direito à convivência familiar e comunitária.

Segundo o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (BRASIL, 2006, p. 25):

> O desenvolvimento da criança e, mais tarde, do adolescente, caracteriza-se por intrincados processos biológicos psicoafetivos, cognitivos e sociais que exigem do ambiente que os cerca, do ponto de vista material e humano, uma série de condições, respostas e contrapartidas para realizar-se a contento. O papel essencial desempenhado pela família e pelo contexto sócio-comunitário no crescimento e formação dos indivíduos justifica plenamente o reconhecimento da convivência familiar e comunitária como um direito fundamental da criança e do adolescente.

Por tal razão, para efetivar desenvolvimento num ambiente em condições adequadas proporcionando direito à convivência familiar e comunitária, há exigências materiais e humanas.

Assim, o município, em consonância com legislação vigente com intuito de oferecer as condições e respostas pertinentes demanda investimento financeiro/material, garantindo a família que acolhe o valor correspondente a bolsa auxílio, num montante de um salário-mínimo mensal, para suprir as necessidades da criança/adolescente.

Quando a criança necessita de cuidados especiais, como situações de doenças crônicas e deficiência, recebe o valor de 02 (duas) bolsas e, dependendo, da complexidade, até 03 (três) bolsas, em conformidades com as situações previstas na Lei. A mesma Lei prevê que o pagamento deve ser transferido para conta bancária da Família Acolhedora em até 15 dias após o acolhimento.

Destarte, a partir do explanado, percebe-se que o município tem buscado seguir diretrizes nacionais, com vistas a possibilitar às crianças e adolescentes a devida proteção e cuidado, adequando-se sempre que necessário, à novas estratégias para tal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discutir e analisar o instituto da família acolhedora, possibilita um olhar voltado ao atendimento a criança e ao adolescente que sofreu situação de risco ou violência, em que se fez necessária a intervenção estatal, sendo um dos serviços ofertados por este, o acolhimento familiar.

Este modo de acolhimento não se trata de membros da família de origem ou extensa, mas sim em uma família previamente cadastrada, capacitada e que recebe

acompanhamento antes, durante a recepção da criança ou adolescente em seu meio. Este processo ocorre através de uma equipe, a qual se enquadra conforme tipificação dos serviços socioassistenciais, na alta complexidade.

Conforme legislação vigente, esta forma de acolhimento tem preferência ao institucional. Valente (2013) demonstra que a família acolhedora remete a uma metodologia de atendimento em que destaca ser de modo individualizado, focando não somente em direitos básicos como moradia, alimentação, saúde e educação, mas também com foco no direito a convivência familiar e comunitária, com olhar de cuidado e proteção.

Destarte, ainda que, de forma cautelosa e excepcional, o operador do direito se posiciona em apoio à família acolhedora em situações peculiares. É perceptível que o seu esforço se encaminha no sentido de buscar a eficácia social do direito de família e, por conseguinte, a realização de justiça, ou seja, novos horizontes se abrem para a definição jurídica de acolhimento.

Ao analisar-se a Constituição Federal, ECA e demais legislações verificam-se quais os argumentos utilizados para a concessão ou denegação da família acolhedora.

O instituto deve ser minunciosamente pensado e ao aplicado, conforme Lei Federal 12.010/2009, os quais os autores mencionados nesse trabalho são unanimes em que Família Acolhedora deve ser medida preferencial frente à aplicação de medida protetiva de acolhimento institucional.

Outro apontamento diz respeito ao que considera um tripé de garantia de direitos, em que, família, sociedade e Estado, em conjunto, exercem função de guardiões de direitos, zelando e selando a proteção integral as crianças e adolescentes (e demais grupos sociais que estejam vulneráveis). Nesse contexto segundo Valente (2013, p. 295), o Estado, deve ser responsável em executar os

serviços públicos, não apenas por meio de uma única política, mas sim *"de todas aquelas que compõem o contexto de proteção especial".*

Também a família e sociedade, exercem papeis fundamentais para efetivação das políticas sociais, com vistas a proporcionar exercício de direitos fundamentais, em que foca-se neste trabalho, a convivência familiar e comunitária, sendo constitucionalmente (art. 226 CF/88) estabelecida a família como base da sociedade, e portanto, primordial para formação, e desenvolvimento integral.

Conclui-se que o acolhimento familiar se configura como uma recente estratégia de intervenção frente a desafios quanto a garantia de proteção e convivência familiar e comunitária a criança e ao adolescente. Organiza-se incipientemente, em contramão a institucionalização, porém teve avanços significativos por meio de diretrizes e normativas que direcionam os trabalhos de proteção social especial e encontra-se em processo de implantação, reconhecimento e aceitação.

REFERÊNCIAS

AMANHÃ, Instituto Geração. **Acolhimento Familiar – Características, vantagens e como funciona. Saiba tudo!** 2. ed. São Paulo: IGA, 2019. Disponível em: https://geracaoamanha.org.br/ebookaf/. Acesso em: 08 jun. 2020

ASSIS, Simone G. de; FARIAS, Luís O. P.. **Levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviço de acolhimento.** São Paulo: Hucitec, 2013.

BAPTISTA, Rachel. **Fontes Infâncias em famílias acolhedoras: perspectivas e desafios da reintegração familiar.** 2018. 215 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/35712/35712.PDF. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **ACOLHE**. 2019. Disponível em: https://acolhebrasil.com.br/entendaacolhimento/. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.** Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.** Brasília, DF: Conanda, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriancasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. **Política Pública de Primeira Infância. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016.** Brasília, DF: Senado, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 01 ago. 2020.

CASTRO, J. (coord.). **Relatório de Avaliação da Atividade das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens, Comissão de Proteção de Crianças e Jovens.** Brasília: CPCJ, 2017.

COSTA, Nina Rosa do Amaral; ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. Acolhimento Familiar: uma alternativa de proteção para crianças e adolescentes. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, São Paulo, v. 1, n. 22, p. 111-118, ago. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/prc/v22n1/15.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direto das Famílias.** 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. **Acolhimento familiar de crianças e adolescentes em situação de risco social cresce no Brasil.** 2014. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/5303/Acolhimento+familiar+de+crian%c3%a7as+e+adolescentes+em+situa%c3%a7%c3%a3o+de+risco+social+cresce+no+Brasil. Acesso em: 08 set. 2020.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Adolescente e ato infracional.** Medida socioeducativa é pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LOBO, Fabiola Albuquerque. As transformações do direito de família brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988. **Civilistica.Com**: Revista Eletrônica de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1-21, 5 nov. 2019. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads1/2019/12/Lobo-civilistica.com-a.8.n.3.2019-2.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

_____, Paulo. **Direito civil: Famílias.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCILIO, M. L.. A irmandade da Santa Casa de Misericórdia e a assistência à criança abandonada na história do Brasil. In: MARCÍLIO, M. L. (org.). **Família, mulher, sexualidade e Igreja na história do Brasil**. São Paulo: Loyola, 1993. p. 149-156.

MARTINS, L. B.; COSTA, N. R. A.; ROSSETTI-FERREIRA, M. C.. **Acolhimento familiar: caracterização de um programa.** São Paulo: Paideia, 2010.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBTE À FOME. Conselho Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social.** Brasília: 2004.

_____ Conselho Nacional de Assistência Social. **Resolução CNAS nº 109, de 11 de novembro de 2009.** Brasília: 2009.

_____ **Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do SUAS – NOBRH/SUAS, Sistema Único de Assistência Social – SUAS.** Brasília, 2006.

_____ **Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais.** Brasília: 2009.

MIRANDA, G. L. de. Serviço de Acolhimento Institucional para Crianças e Adolescentes: feedback effects, inflexões e desafios atuais. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 2, p. 201-2018, mar. 2017.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREZ, José Roberto Rus; PASSONE, Eric Ferdinando. Políticas sociais de atendimento às crianças e aos adolescentes no Brasil. **Cad. Pesq.**, São Paulo, v. 40,

n. 140, p. 649-673, ago. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742010000200017&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 10 ago. 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 243 p. Tradução: Maria Cristina de Cicco.

PONTA GROSSA. Fundação de Assistência Social de Ponta Grossa. Departamento de Proteção Social Especial de Alta Complexidade. Serviço de Acolhimento familiar. **Relatório Família Acolhedora.** 2020.

PORTAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES. **Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária e o reordenamento dos abrigos.** Disponível em: https://www.direitosdacrianca.gov.br/migrados/old/migracao/temas-prioritarios/acolhimento/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-e-o-reordenamento-dos-abrigos?searchterm=plano+acolhimento. Acesso em: 05 jun. 2020.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. BRASIL, 03 ago. 2009. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

RIZZINI, I. **Assistência à Infância no Brasil: Uma análise de sua construção.** Rio de Janeiro: Ed. Universitária Santa Úrsula, 1993.

_____. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente.** Rio de Janeiro: Loyola, 2004.

_____ NAIFF, L.; BAPTISTA, R. **Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil.** São Paulo: Cortez, 2006. 98 p.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. **Manual de acolhimento familiar.** Orientações iniciais, v. 3. Curitiba: 2017-2018.

VALENTE, Jane. **Família acolhedora: as relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento.** São Paulo: Paulus, 2013. Doutorado em Serviço Social - PUC-SP.

REVISTA DIREITO FAE

A MANUTENÇÃO E O PROGRESSO DAS MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO IMPRESCINDÍVEIS AO BRASIL

THE MAINTENANCE AND PROGRESS OF ANTI-CORRUPTION MEASURES NEEDFUL TO BRAZIL

Aline Hoff SOUZA [1]

Lucas PEIXER Alves Pires[2]

Thaïs SAVEDRA de Andrade[3]

RESUMO

O termo "combate à corrupção" se tornou, ao longo das últimas décadas, parte do vocabulário do cidadão brasileiro, em todos os espaços sociais. Tal cenário, de repúdio social a práticas ímprobas envolvendo políticos e grandes empresários, não é uma exclusividade de nossa geração, mas, sim, uma construção histórica brasileira que deve ser rechaçada. Desde a colonização do território pelos portugueses até à revelação de escândalos como o Mensalão e o Petrolão, a corrupção sempre esteve presente em nossa sociedade. Possivelmente, o exemplo da Lava Jato, inspirada na

[1] Graduanda em Direito. FAE Centro Universitário. A Manutenção e o Progresso das Medidas Anticorrupção Imprescindíveis ao Brasil. E-mail: aline.hoff@mail.fae.edu

[2] Graduando em Direito. FAE Centro Universitário. A Manutenção e o Progresso das Medidas Anticorrupção Imprescindíveis ao Brasil. E-mail: lucaspeixer@outlook.com

[3] Doutoranda em Direito pela UFPR, com concentração em Direito Tributário, Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, com bolsa da Fundação CAPES, Especialista em Direito Tributário, professora de Direito Tributário, Filosofia do Direito, Antropologia Jurídica e História do Direito da FAE – Centro Universitário. Contato: thais.savedra@fae.edu.

operação italiana Mãos Limpas, tenha despertado nos cidadãos o sentimento de indignação necessário para construirmos uma política de transparência. O Ministro Luís Roberto Barroso do STF, em julgamento do *Habeas Corpus* 166373, de 2019, bem descreve a necessidade de evolução no campo do combate à corrupção: *"Não há como o Brasil se tornar desenvolvido e furar o cerco da renda média com os padrões de ética pública e privada praticados aqui, nós precisamos romper com esse paradigma".* De certa forma, diversas mudanças legislativas potencializaram o enfrentamento aos crimes de "colarinho branco", mas há uma longa jornada para percorrermos. Figura como a medida de maior importância e como efetiva contribuição para com o compromisso constitucional, a intensa participação popular no debate político, não somente quando do voto, mas sobretudo quando do exercício da cobrança e fiscalização. Assim, os Três Poderes atuarão guiando-se pela probidade visando ao cenário de transparência e de justiça social, o qual melhor combina com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção, Lava Jato, Mãos Limpas, Enfrentamento.

ABSTRACT

The term "war on corruption" has become part of the vocabulary of the Brazilian people over the last few decades and throughout all social spaces. The scenario of social repudiation and unfair practices involving great entrepreneurs is not exclusive to our current generation, but a historical Brazilian construction that can and must be rejected. Corruption has always been present in our society, from the colonization of our territory by the Portuguese to the unveiling of political scandals such as Mensalão and Petrolão. It is possible that the Lava Jato operation which was inspired by the Italian operation Mãos Limpas vexed the Brazilians to the state necessary to build a transparency policy. The Minister of the Supreme Court Luís Roberto Barroso on the judgment of the Habeas Corpus 166373 of 2019 perfectly describes the need of

development on the scope about war on corruption: “There is no way for Brazil to become a developed country and break the siege of middle income with the standards of public and private ethics here practiced, we need to break this paradigm". In a way, several legislative changes have made it possible to tackle “white collar” crimes, but we still have a long way to go. The intense popular participation in the political debate appears as the most important measure and as an effective contribution to the constitutional commitment, not only when voting, but especially when it comes to the exercise of demand and inspection. Thus, the Three Powers will act guided by probity aiming at the scenario of transparency and social justice, which better matches the dictates of a Democratic State of Law.

KEYWORDS: Confront. Corruption. Lava Jato. Mãos Limpas.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Conceitualmente, tem-se que corrupção é o “*ato ou resultado de corromper; adulteração; ato ou efeito de subornar alguém para vantagens pessoais ou de terceiros; uso de meios ilícitos, por parte de pessoas do serviço público, para obtenção de informações sigilosas, a fim de conseguir benefícios para si ou para terceiros.*” Norberto Bobbio (1998, p. 291), em sua obra *Dicionário de Política*, ensina:

> Corrupção. Assim se designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troco de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual. (BOBBIO, 1998, p. 291)

O autor distingue três tipos da prática: I) o suborno de agentes públicos por meio de presentes ou recompensas em troca de favorecimento pessoal; II) o nepotismo, que é o vínculo contratual havido eminentemente pelas relações de parentesco, e não por mérito; e III) o peculato, que é a apropriação de recursos públicos (bens, direitos ou prerrogativas) para utilização particular.

Bobbio alerta para o fato de que a corrupção é uma discussão própria ao campo da legalidade, e não da moralidade, podendo-se considerar casuisticamente determinadas práticas sociais e legais ou mesmo comportamentos que incidem sobre a atuação privada.

Nas lições do admirável professor italiano, "*é uma forma particular de exercer influência (...). Amolda-se ao funcionamento de um sistema, em particular ao modo como se tomam as decisões*" BOBBIO (1998, p. 292). Trata-se, portanto, de uma disfunção do sistema da democracia representativa, idealizada ante a inviabilidade de os cidadãos exercerem diretamente o seu poder político. Com efeito, o tema relaciona-se diretamente com soberania popular e legitimidade bem como com estruturas políticas postas, vez que a desigualdade social produz tanto uma engrenagem representativa imperfeita quanto o acesso discriminatório ao poder.

Nesse sentido, observa-se que a corrupção encontra bases históricas bastante sólidas no mundo, especialmente porque os processos de colonização e de disputas territoriais, cuja iniciativa partiu tradicionalmente dos países europeus e asiáticos sobre os americanos e africanos, ocorreram de modo demasiadamente predatório. Isso reverbera consequências socioeconômicas até hoje.

Como defende Barboza (2006), foi o caso do Brasil: da parte de nossos "descobridores" portugueses, inexistiu qualquer projeto de nação tampouco compromisso moral ou ideológico para com a coletividade já existente e vindoura. O objetivo foi sobretudo explorar e comercializar as riquezas naturais originalmente pertencentes aos povos indígenas. Percebe-se que a configuração de sociedade

estamental e aparelhada foi não só mantida, mas também estrategicamente aperfeiçoada *a posteriori* – a exemplo da educação básica a cargo dos Jesuítas e o trabalho fundado na Escravidão. Isso ocasionou, segundo a autora, a formação de elementos presentes hodiernamente na vida sócio-política brasileira: o patrimonialismo, o clientelismo e o coronelismo. O primeiro caracterizou-se pela ausência de distinção entre o patrimônio público e privado; o segundo, pela distribuição de benesses em troca de favores e apoio político; e o último, pela pessoalização da política como forma de institucionalização de mandos locais.

Tais fatores, entre outros, cooperam para que o Brasil figure bastante mal posicionado perante os indicadores. Segundo dados do Índice de Percepção de Corrupção (IPC) divulgados pela *Transparency International Brasil*, o país alcançou em 2019 a nota 35, numa escala de 0 a 100. Vejamos:

> Os 35 pontos da nota brasileira equivalem ao valor mais baixo desde 2012. (...) Com esse resultado, o Brasil caiu mais uma posição no ranking de 180 países e territórios, para o 106º lugar. Este 5º recuo seguido na comparação anual fez com que o país também atingisse sua pior colocação na série histórica do índice. Em 2018, o país já havia perdido dois pontos e caído nove posições. (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2019)

Ante o contexto, buscar-se-á estudar os principais eventos de corrupção e suas investigações ocorridas no cenário mundial bem como no nacional, notadamente a operação italiana Mãos Limpas e a brasileira Lava Jato, as quais subsidiaram relevantes mudanças de paradigmas sociais, políticos, econômicos e jurídicos.

Ato contínuo, serão abordadas algumas das ações recentes tomadas pelos Poderes Legislativo e Judiciário do país no sentido de coibir as práticas de corrupção. Por derradeiro, serão propostas quatro medidas que visam à persecução da probidade e da transparência da Administração Pública. Em razão de escolhas metodológicas

bem como da amplitude do tema, frisa-se que os episódios foram retratados em geral sob a perspectiva compilatória e exemplificativa.

2 OPERAÇÃO MÃOS LIMPAS

No Brasil, sempre que o combate à corrupção é o assunto da vez, são raras as situações em que a operação Lava Jato acaba ficando de fora, embora saibamos que atos ilícitos e crimes econômicos foram e são combatidos dentro de um espectro ainda mais amplo do que a própria operação. Mas o motivo dessa associação é simples, a Lava Jato, desde a sua origem em 2014, reavivou nos brasileiros o seu interesse fiscalizador, que permanece vigente e implica na não mais aceitação de crimes contra o erário. Embora haja o costume comum de se imaginar que todas as mazelas possíveis são intrínsecas ao Brasil, se tratando das infrações investigadas pela Lava Jato, uma comparação com a operação italiana Mãos Limpas, da década de 1990, se torna inevitável e reveladora. As semelhanças são marcantes, não somente pelas operações de fato, mas a maneira como o sistema de corrupção de cada país veio ao público, deixando claro o *modus operandi* de seus autores, que independentemente de suas localidades, agiram e agem analogamente.

O misto de comparações entre as operações italiana e brasileira abrange desde a mesma prática envolvendo políticos e empresários, em uma relação de troca de benefícios, até mesmo à semelhança entre a reação da população e da mídia a todos os fatos expostos pelos investigadores. Se por um lado a similitude entre a Lava Jato e a Mãos Limpas é considerada um avanço contra a impunidade, tornando-se um símbolo nacional por conta de todos os seus feitos acumulados até os dias de hoje, por outro lado, nos causa calafrios o breve vislumbre de que a operação brasileira possa vir a ter o mesmo fim que a Mãos Limpas.

O embrião da operação italiana Mãos Limpas data do ano de 1992 e, como retrata Rodrigo Chemim, procurador de Justiça do Estado do Paraná, em seu artigo denominado *Déjà vu: diálogos possíveis entre a Operação "Mãos Limpas" italiana e a realidade brasileira*, de 2016, surgiu por meio de uma denúncia, envolvendo o pagamento de propina ao diretor de um asilo para idosos. O diretor era Mario Chiesa, do Partido Socialista Italiano - PSI, que havia sido indicado ao posto de diretor do asilo Pio Albergo Trivulzo, em Milão, pelo Primeiro-Ministro da Itália, Bettino Craxi. Segundo Chemim (2016), ao assumir o posto de comando do asilo, Chiesa iniciou o seu esquema de recebimento de propina de empresários que prestavam serviços ao estabelecimento, como foi o caso do autor da denúncia em questão, Luca Magni, dono de uma empresa de limpeza industrial. Magni, já cansado de toda a extorsão por parte de Chiesa, decide contatar o procurador da República Antonio Di Pietro, peça chave da operação Mãos Limpas, que com o apoio policial, conseguem desbaratinar todo o esquema corrupto ali implementado, como revela Chemim em seu artigo.

A partir da prisão de Chiesa, Chemim detalha em seu texto como todo o crescimento da operação italiana foi possível e que, graças ao tão conhecido por nós brasileiros, instituto da delação premiada, houve o ponto de partida para diversas frentes de investigação, revelando uma gigantesca e organizada rede de cobrança de propinas entre empresários e políticos. A operação Mãos Limpas acumulou em três anos de funcionamento, desde a sua origem, a marca de pouco mais de 4 mil investigados, entre figuras públicas e privadas, como ressalta Chemim. A operação italiana com certeza serviu de exemplo para outra operação que surgiria pouco mais de uma década depois, a Lava Jato no Brasil, que assim como na Itália, desvendou e vem desvendando toda as entranhas dos esquemas de crimes econômicos de nosso país.

A história da operação Italiana, tão relevante à sua época, mas também tão viva nas ações atuais dos procuradores brasileiros, mereceria um artigo à parte,

entretanto, vale ressaltar que a operação, infelizmente, foi enfraquecida até a concretização de seu fim, por influência do próprio Parlamento italiano que sistematicamente promulgou diversas leis contrárias ao enfrentamento da corrupção. Ademais, ao longo deste texto, abordaremos possíveis medidas de como podemos contribuir para que a Lava Jato, junto ao combate à corrupção, não sofra o mesmo desfecho.

3 CASOS EMBLEMÁTICOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL

3.1 Anões do Orçamento

De acordo com Praça (2011), o caso ocorreu no período pós-redemocratização (1989 a 1993) em que parlamentares controlavam a administração orçamentária do país por meio da Comissão Mista de Orçamento. Em rede, articulavam-se com integrantes do Poder Executivo, entidades sociais “fantasmas” e determinadas empresas privadas (como empreiteiras), de modo a manipular emendas desviando dinheiro do erário.

Em outubro de 1993, foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar o enriquecimento ilícito de 43 congressistas integrantes da mencionada rede. Significou um marco já que foi a primeira vez que os próprios colegas se investigaram, de sorte que a culpa decaiu em maior medida sobre os políticos de menor expressão.

Tendo durado três meses, a CPI inocentou 14 deles, sugeriu prosseguimento das investigações a 11 e recomendou a cassação de 18. Ao final, quatro pessoas renunciaram e seis tiveram seus mandatos cassados.

O autor observa que, no ano seguinte, foram sugeridas 23 alterações no processo orçamentário bem como instituídas reformas macroeconômicas com vistas ao controle da hiperinflação, a exemplo do Plano Real (julho/1994).

3.2 Escândalo do Banestado ou Força-tarefa CC5

Tido à época como o maior esquema de corrupção já desvendado até então, o caso ocorrido na década de 1990 foi investigado apenas a partir de 2003, nesta capital paranaense. O Procurador da República Deltan Dallagnol (2017, p. 21) defende que, em verdade, "*o Banestado plantou a semente da Lava Jato*".

O jurista relata que foi instituída a primeira grande ação coordenada entre Ministério Público Federal, Polícia Federal, Receita Federal e Justiça Federal, inclusive o juiz designado ao processo foi Sérgio Fernando Moro.

O objetivo da força-tarefa era investigar crimes financeiros, entre os quais citam-se sonegação, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e corrupção ativa. Tudo isso praticado através do Banco do Estado do Paraná, bem assim explica Dallagnol:

> Descobriu-se uma imensa rede de atuação de doleiros, que usavam centenas de contas estrangeiras – em nome de empresas sediadas em paraísos fiscais – para lavar dinheiro de origem criminosa, inclusive de tráfico de drogas e desvio de recursos públicos. (DALLAGNOL, 2017, p. 21)

O *modus operandi* consistia basicamente na transferência de dinheiro ilegalmente obtido por doleiros (como Albeito Youssef) a mais de cem contas do tipo CC5, as quais admitem remessas internacionais por empresas multinacionais. Essas transações ilegais passaram pelos Estados Unidos, mas foram destinadas a pessoas e empresas "laranjas" em paraísos fiscais.

Além dos operadores financeiros de partidos como Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), foram alvo autoridades como o ex-presidente do Banco Central, alguns dos ex-presidentes do próprio Banestado, o presidente do Conselho do Banestado e também ex-secretário de Estado de Fazenda do Paraná, etc. Ademais, os acordos de colaboração premiada ("delação") começaram a ser desenvolvidos a partir de então.

Todavia, a punição recaiu eminentemente sobre os colaboradores do banco, os quais devolveram cerca de 30 milhões de reais. Com efeito, o Procurador lamenta a impunidade no que tange aos políticos e empresários envolvidos:

> Segundo um levantamento feito pela Justiça no início de 2017, dos 684 acusados, apenas sete foram presos após o fim do processo e outros seis foram detidos depois da recente decisão do Supremo que permite a prisão após condenação de segundo grau. Passados mais de 10 anos das acusações, apenas 1,9% dos acusados foram presos, deixando de fora os pouquíssimos casos em que foi decretada e mantida a prisão preventiva. (...) Ainda hoje a falta de justiça impede a recuperação do dinheiro desviado no caso Banestado. (DALLAGNOL, 2017, p. 22)

É interessante notar que este acontecimento inspirou o cineasta José Padilha a produzir a série da Netflix *O Mecanismo* (2018). Autor dos premiados *Ônibus 174* (2002) e *Tropa de Elite* (2007 e 2010), Padilha defendeu em entrevista ao Jornal O Globo que, *"no Brasil, a miséria é explicada pela corrupção".*

3.3 Mensalão

Em 2005, o deputado federal Roberto Jefferson denunciou um esquema, do qual ele próprio participava, que atingiu principalmente o Partido dos Trabalhadores (PT), consistindo no desvio de recursos públicos para pagamento de parlamentares aliados.

Segundo o delator, os congressistas recebiam o valor mensal (daí o título da investigação, com conotação de "mesada") que variava de R$ 20.000 a R$ 60.000 distribuídos pelo PT, em troca de votos favoráveis da base aliada aos projetos de interesse do governo.

A investigação pela Câmera dos Deputados - CPI do Mensalão - revelou a velha prática do “Caixa 2”, dinheiro não declarado pelos partidos políticos cuja origem se dava por pessoas economicamente influentes. A despeito da evolução das apurações, o ex-presidente Lula continuou negando envolvimento.

O relatório final pediu pela cassação de 19 dos parlamentares acusados. Porém, destes, 3 deputados apresentaram renúncia, 1 faleceu e 12 mantiveram-se no cargo. Apenas Roberto Jefferson (PTB), José Dirceu (PT) e Pedro Corrêa (PP) foram cassados e tornaram-se inelegíveis pelo prazo de 8 anos.

3.4 Petrolão e Lava Jato

O Petrolão foi um desvio bilionário do erário instrumentalizado através da Petrobrás principalmente durante os governos Lula e Dilma (PT). A atuação se dava mediante a cobrança de propina perante as empresas empreiteiras, que se relacionavam contratualmente com o Poder Público.

Para além dos crimes financeiros já mencionados, expecula-se que operadores realizavam superfaturamento de obras, à razão de 3% em média sobre o valor contratado. A título de exemplo, cita-se Pasadena (Texas, EUA).

A investigação Lava Jato, deflagrada em 2014 pela Justiça Federal, revelou a participação de vários políticos pertencentes a partidos como PT, PMDB e PP, e das maiores empresas do setor construtivo: Odebrecht, Andrade Gutierrez, OAS, Camargo Corrêa, Queiroz Galvão, Toyo Setal, entre outras.

Dados oficiais da Polícia Federal, atualizados até agosto de 2017, registram vultosas marcas: 844 mandados de busca e apreensão (Brasil e exterior); 210 Mandados de condução coercitiva (entre os quais, o do ex-presidente Lula); aproximadamente 650 procedimentos de quebras de sigilo bancário e fiscal; 1.397 processos eletrônicos abertos; R$ 2,4 bilhões em bens bloqueados ou apreendidos

nas operações; mais de R$ 745 milhões repatriados; R$ 12,5 trilhões em valores analisados em operações financeiras investigadas.

Além disso, houve relevantes consequências no cenário político e social: processo de *impeachment* (?) da ex-presidente Dilma em 2016, prisão do ex-presidente Lula em 2018 etc.

Tal qual o caso do Banestado, a operação Lava Jato foi retratada no cinema pelo diretor Marcelo Antunez em "*Polícia Federal - A Lei É Para Todos",* de (2017), sob o enfoque dos investigadores que a protagonizam.

3.5 Desvio de Verbas Destinadas ao Combate da Covid-19

Desde dezembro de 2019, o mundo enfrenta uma pandemia – a mais grave do século – ocasionada pelo Novo Coronavírus (COVID-19). Iniciada em Wuhan (China), a globalização propiciou o rápido avanço do contágio aos demais países, chegando ao Brasil no final de fevereiro de 2020.

As causas são incertas, e não há garantia científica de tratamento ou prevenção contra a doença. Por hora, recorre-se ao isolamento social e ao uso de máscaras faciais, pois a transmissibilidade se dá facilmente por gotículas e partículas aerossóis. A enfermidade pode provocar sintomas semelhantes ao de uma gripe, mas significativamente mais agressivos aos órgãos respiratórios e ao sistema imunológico, gerando complicações a idosos e a portadores de condições pré-existentes. Além do sistema de saúde, especialmente o SUS, os efeitos negativos reverberam também na economia em razão da necessidade de interrupção ou redução da maioria das atividades produtivas.

A Organização Pan-americana da Saúde (OPAS), a OMS continental, informa que, no mundo, mais de 24,3 milhões de pessoas foram infectadas e quase 829 mil faleceram, em números atualizados até 28 de agosto de 2020. Até esta data, o Brasil contabiliza mais de 3,8 milhões de infectados e mais de 120 mil mortos, segundo

levantamento feito pelo consórcio de veículos de imprensa (G1, O Globo, Extra, O Estado de S. Paulo, Folha de S. Paulo e UOL), ante a omissão do governo em dar publicidade às informações.

Nesse contexto, o Brasil frequentemente divulga denúncias de irregularidades nas aquisições ou contratações emergenciais de equipamentos hospitalares, EPIs (equipamentos de proteção individual), serviços de construção de hospitais de campanha etc. A instituição *Transparency International Brasil* analisa dados registrados no Portal da Transparência dos 26 estados e do DF acerca destes contratos recentes. Atribui nota 49,3, em escala de 0 a 100, à Administração, classificando-a como regular: "*A avaliação do governo federal mostra que ainda há muito o que fazer para dar mais transparência às suas contratações emergenciais.*" TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL (2019).

4 ESFORÇOS LEGISLATIVOS RECENTES NO PAÍS

Presenciamos nas últimas duas décadas algumas mudanças legislativas e de entendimento do Supremo Tribunal Federal que facilitaram a instrumentalização de medidas em prol ao combate à crimes financeiros, como por exemplo, a Lei da Ficha Limpa, de 2010, cujo principal objetivo foi a inviabilidade de elegibilidade de réus condenados em órgão colegiado; a promulgação da Lei das Organizações Criminosas, que além de melhor definir o tema, regulamentou o tão importante instituto da delação premiada; o entendimento da Corte Suprema em 2016 sobre a possibilidade de prisão em segunda instância, que será aprofundado no próximo capítulo do presente artigo; além da nova e atual jurisprudência do STF que limita o alcance da prerrogativa do Foro Privilegiado para alguns mandatários do poder.

Embora a nossa atenção fique restrita às medidas anteriormente citadas, outras várias ações vinculadas a diferentes temas, mas que convergem no foco de

combate à corrupção, também foram criadas ou modificadas e apresentaram resultados práticos essenciais nessa luta tão cara à população brasileira: a busca pela probidade em nossa política.

4.1 Lei da Ficha Limpa

A lei complementar de nº 135, de 2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa, alterou a lei complementar de nº 64, de 1990, e teve como principal escopo a definição da inelegibilidade a cargos eletivos com o objetivo de resguardar a probidade administrativa e a moralidade para exercício de um mandato. A nova lei complementar, conforme exemplifica Ladeira em seu artigo *Compreendendo a Lei da Ficha Limpa*, de 2015, foi resultado do esforço movido principalmente pela iniciativa popular, por meio do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que colheu mais de um milhão de assinaturas em apoio ao projeto. Entre as várias alterações legislativas, podemos citar as seguintes como as principais e mais relevantes: "a abolição da exigência do trânsito em julgado da decisão judicial para fins de inelegibilidade, bastando a existência de decisão proferida por órgão judicial colegiado e o aumento do prazo das inelegibilidades para oito anos." (LADEIRA, 2015, p. 25).

Embora haja uma vertente jurídica crítica à Lei da Ficha Limpa, pois seus defensores alegam que sanções impostas anteriormente ao trânsito em julgado podem ser caracterizadas como desrespeitosas ao Princípio da Presunção de Inocência; outra vertente sustenta, segundo Ladeira, que tal princípio alçado pelos críticos restringe-se à esfera penal do Direito, além do fato de que os princípios da moralidade e da probidade administrativa se sobrepõe, pois albergam o coletivo. Em termos práticos, a Lei da Ficha Limpa demandou aos pleitos eleitorais dos anos subsequentes a garantia do cumprimento de seus requisitos formais, ou seja, figuras tradicionais da política brasileira se tornaram inelegíveis, principalmente pelo fato de

terem sido sentenciados em órgão colegiado, o que conhecemos comumente como a segunda instância do Judiciário.

4.2 Lei das Organizações Criminosas

O primeiro resquício que dizia respeito à definição de organização criminosa no Brasil surgiu com a promulgação da Lei de nº 9.034, de 1995, mas foi apenas a partir de sua revogação, através da Lei nº 12.850, de 2013, que o conceito se tornou mais prático e aplicável. Anteriormente à Lei 12.850 ou Lei das Organizações Criminosas como é comumente chamada, cabia basicamente ao intérprete definir e atribuir os seus parâmetros, porém, com a edição da nova lei, o seu texto recebeu uma definição objetiva de organização criminosa, bastando os seguintes requisitos presentes no Art. 1º, § 1º:

> [...] uma associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Uma vez bem delimitado o conceito para organização criminosa, a Lei estabeleceu avanços ao combate à corrupção, por exemplo, estipulando o instituto da colaboração ou delação premiada para casos correlatos. Os autores Agostini, Delavi e Simas, em artigo publicado com o título *Direitos fundamentais e a nova lei de organizações criminosas - N. 12.850/13*, detalham os aspectos formais estabelecidos pela Lei das Organizações Criminosas e, no que tange a colaboração premiada, pontuam o cerne do novo instituto, que se trata da possibilidade de premiação para aquele que contribuir com o Estado, seja na elucidação de um crime, entregando os demais participantes do ato ilícito ou até mesmo descrevendo o *modus operandi*

daquela organização. A premiação ao delator pode ser modulada, variando entre a redução de pena e a completa extinção da punibilidade, o chamado “perdão judicial”, além disso, possui um caráter personalístico, de acordo com os autores, ou seja, apenas o próprio delator será beneficiado por sua colaboração. Vale lembrar, que tanto o Ministério Público quanto as forças policiais de investigação, poderão, junto da defesa do delator, elaborar um acordo de delação premiada, havendo ainda a necessidade de homologação pelo juízo competente ao caso.

Assim como citado anteriormente, em que a operação italiana Mãos Limpas surgiu por meio de uma denúncia de pagamento de propina e, após o denunciante realizar uma colaboração premiada, novas frentes de investigação se tornaram viáveis. No Brasil, o efeito foi semelhante, pois como ocorreu na Itália, uma delação pode gerar todo um novo cenário de possibilidades de investigação, além de outros suspeitos pelos crimes relacionados. A frase proferida pelo falecido Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, sobre novos fatos que surgiam a todo momento decorrentes das investigações de crimes envolvendo membros da Petrobrás, elucida de forma prática a funcionalidade da delação premiada: “a gente puxa uma pena e vem uma galinha”.

5 MEDIDAS PROPOSITIVAS AO ENCONTRO DA PROBIDADE E DA TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA

Além das medidas já citadas no capítulo anterior, que resultaram em ações positivas para o combate à corrupção, dois projetos foram aprovados pelo Congresso Federal no ano de 2019: o *Pacote Anticrime* e a *Lei de Abuso de Autoridade*, sendo ambos controversos, pois expuseram em seus textos melhorias no que tange o enfrentamento ao crime, mas, além disso, alguns de seus pontos geraram repercussões negativas nos meios jurídicos.

O *Pacote Anticrime*, apresentado pelo Governo Federal e de autoria do ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, sofreu modificações nas duas casas legislativas e, pontos importantes, como a possibilidade de prisão em segunda instância, acabaram sendo excluídos do texto final e substituídos por pontos negativos, ao menos na visão de parte da opinião jurídica, como é o caso do "Juiz de Garantias", adicionado pela Câmara. A *Lei de Abuso de Autoridade*, diferentemente do *Pacote Anticrime* que foi um projeto do Executivo, surgiu no Senado, e apresentou em sua essência limitações de atuação para magistrados, procuradores, promotores e policiais e, como o próprio apelido da lei revela, visa o controle de possíveis excessos por parte destes profissionais.

Independentemente dos reveses sofridos pela luta contra a corrupção, o foco deve ser mantido, nosso país necessita de medidas que fortaleçam o combate ao crime, seja o crime violento ou o econômico, seja na escala micro ou na macro, por isso, os subtópicos a seguir definem propostas de melhorias para essa temática, sejam elas dependentes de novas leis ou apenas da vontade popular de viver em um Brasil mais justo e melhor.

5.1 Participação Popular

Cumpre-nos refletir brevemente acerca das distinções teóricas entre Estado, governo, sociedade e povo.

Existem algumas teorias clássicas de Estado que explicam a manutenção do vínculo jurídico-político existente entre as pessoas. Entre as mais importantes, está a do intelectual Jean Jacques Rousseau (1712-1778) para quem a liberdade natural do homem, seu bem-estar e sua segurança são preservados por meio do Contrato Social. (ROUSSEAU, 1762)

O Contrato Social, por sua vez, é um acordo tácito entre indivíduos para se criar uma sociedade civilmente organizada e, a partir de então, cria-se o Estado, isto é, o contrato é um pacto (in)consciente de associação. (ROUSSEAU, 1762)

Logo, o Estado é uma ficção jurídica criada por e para o povo, razão pela qual seus representantes devem se direcionar estritamente por esta vontade. Inclusive, é da vontade popular que provém o poder político, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988:

> Art. 1º, § único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
>
> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

Bresser Pereira (1995) pondera que governo é a cúpula político-administrativa estatal, o qual exerce o poder diretivo e gerencial dos direitos, deveres e interesses coletivos. O autor aponta ainda que "*a sociedade civil é o povo, ou seja, o conjunto dos cidadãos, organizado e ponderado de acordo com o poder de cada indivíduo e de cada grupo social*" (BRESSER PEREIRA, 1995, p. 85-104). É fruto da lógica associativista que justifica a sobrevivência e a evolução humana.

Isto posto, sabe-se que manifestações populares possuem o condão de promover mudanças profundas no *establishment*. É expressão do exercício da liberdade de expressão e reunião, assim como dos Direitos Políticos e cidadania, todos constitucionalmente protegidos. Para além dessa perspectiva, os meios digitais de comunicação gradativamente tornaram-se essenciais à mobilização social, sobretudo neste momento de pandemia. Nesse sentido, Santos e Santos (2014, p. 319) afirmam que:

> As redes sociais digitais alteram as escalas, “desfazem” fronteiras e são extremamente usadas, nesse meio técnico-científico-informacional, como mecanismo de poder e lutas por melhorias. É nesse sentido que talvez Castells (1999), afirme que a revolução da tecnologia da informação, juntamente com a reestruturação do capitalismo tenham introduzido uma nova forma de sociedade, a sociedade em rede. (SANTOS E SANTOS, 2014, p. 319)

Destarte, a inclusão digital propicia maior fiscalização, por parte dos cidadãos, sobre os representantes e as instituições públicas bem como acesso às informações de relevância nacional.

5.2 Propostas de Emendas à Constituição

No âmbito do Legislativo, há duas principais pautas em debate que podem favorecer o enfrentamento à corrupção no Brasil, a Proposta de Emenda à Constituição 119/2019, conhecida como *PEC da segunda instância*, e a PEC 10/2013, conhecida como *PEC do fim do foro privilegiad*o. Ambas as propostas estão aguardando votação no Congresso Nacional e, caso aprovadas e com os seus pontos primordiais mantidos, poderão gerar efeitos de extrema importância ao país.

O debate da PEC da segunda instância foi estimulado graças ao grande apelo da sociedade, que presenciou, em novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de três Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADC, considerar inconstitucional a prisão a partir de condenação proferida por órgão colegiado, entendimento esse que era mantido desde 2016. Como reflexo da decisão do STF, diversos condenados, inclusive alguns que foram investigados pela Lava Jato, foram postos em liberados, sendo o ex-Presidente Lula o caso mais emblemático.

Em reportagem publicada no site da Câmara Federal, em novembro de 2019, Francisco Brandão traça detalhes sobre a nova proposta que está em tramitação na casa. Segundo Brandão (2019), o autor da PEC, o deputado Alex Manente

(Cidadania-SP), tomou o cuidado de propor em seu texto a revogação dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal de 1988, que tratam dos recursos especiais e extraordinários, respectivamente, os substituindo por uma “ação revisional”, que exclui o caráter de recurso e ganha o aspecto de uma nova ação para que Tribunais Superiores possam analisar questões formais e materiais de um processo. Desta forma, o trânsito em julgado passa a ser confirmado após a decisão de um órgão colegiado, como são os casos dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, ou seja, a partir da segunda instância. A estratégia do deputado, conforme descreve Brandão em sua reportagem, deve-se a críticas que uma proposta anterior de sua autoria sofreu, pois o seu texto não modificava os meios de recurso, como a atual, mas sim o artigo 5º da Constituição, no que tange o Princípio da Presunção de Inocência, o que para alguns é considerado cláusula pétrea e por isso não pode ser modificado, nem mesmo por via de uma PEC.

A PEC do fim do foro privilegiado, outra medida extremamente relevante ao país, já é discutida no Congresso há bem mais tempo, desde 2013, e hoje depende do Presidente da Câmara dos Deputados para que seja colocava em pauta de votação. A proposta, conforme consta em matéria publicada no site do Senado Federal em julho de 2020, prevê a extinção do foro especial, como é tecnicamente chamado, de autoridades dos três Poderes, além do Ministério Público, preservando tal prerrogativa apenas para os presidentes dos Poderes. Caso aprovada, qualquer autoridade, com exceção dos presidentes, poderia ser investigada e julgada pela primeira instância, ou seja, por promotores e juízes de primeiro grau, respectivamente, gerando mais celeridade aos processos e evitando o instituto da prescrição.

Ambas as PECs possuem caráter de urgência quando o assunto é combate à corrupção, pois, conforme citado anteriormente, os seus textos carregam medidas funcionais e de caráter processual, inclusive, sendo a PEC da segunda instância complementar à PEC do fim do foro, uma vez que caso o processo possa ser tocado

mais rapidamente e, haja a condenação do réu, a prisão já seria possível, gerando até mesmo o fator desestimulante aos atos ilícitos. Mais importante do que fiscalizar os parlamentares, é cobrar o posicionamento de cada em relação às PECs em questão, dado que é por meio da pressão popular que o Parlamento é muitas vezes motivado a votar e aprovar propostas estruturantes como essas. O voto, manifestação que provém do nosso direito à cidadania, não é o fim do poder da população, mas apenas o início e, como dizia o presidente americano Thomas Jefferson, "o preço da liberdade é a eterna vigilância".

5.3 Garantia da Independência das Instituições Democráticas

Além dos avanços no campo das legislações, em que a população detém papel fundamental em ações de cobrança junto aos seus parlamentares, as instituições fiscalizadoras e de investigação precisam apresentar independência, para que as suas atribuições sejam cumpridas sem interferências políticas. Como exemplo, podemos citar as seguintes instituições como responsáveis pelo combate à corrupção: o Ministério Público, as forças policiais, principalmente a Polícia Federal, a Receita Federal e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF. A simples interferência política em uma dessas instituições pode desvirtuar completamente os seus aspectos relevantes sobre as investigações e comprometer o desbastamento de organizações criminosas em nosso país. A autonomia de seus membros, junto das condições de trabalho, que envolvem recursos materiais e de pessoal, são requisitos básicos para o bom funcionamento das instituições e, consequentemente, os trabalhos realizados gerarão frutos à sociedade.

É comum, acompanhando o noticiário, principalmente nos dias atuais, manifestações políticas advindas de outros Poderes que visam supostas alterações nas instituições de Estado, com a justificativa de melhoria em suas estruturas, entretanto, a população, por meio de seu papel fiscalizador, precisa estar atenta a tais

movimentos. Vale ressaltar, principalmente utilizando-se do exemplo da Lava Jato, que o Brasil vem presenciando uma mudança do *status quo* em relação ao cenário anterior de corrupção e, tais avanços positivos, se deram graças à participação das instituições anteriormente mencionadas, ou seja, quaisquer mudanças que virem não podem caracterizar um retrocesso de trabalho.

Nesse sentido, "olhos atentos" a tudo o que ocorre no campo da política, para que qualquer proposta de alteração estrutural no MP ou COAF, por exemplo, seja extremamente bem justificada, além de que ouvir a opinião dos membros dessas instituições sobre possíveis modificações pode ser determinante para caracterizá-las como benéficas ou não.

5.4 *Compliance* Privado e Financiamento Público de Campanha Política

De acordo com Dos Santos *et al* (2013, p. 54), "*a busca pela aderência entre a ética individual e a coletiva é denominada compliance, termo anglo-saxão originário do verbo to comply, que significa agir de acordo com uma regra, um pedido ou um comando*." Assim, *compliance* privado é o termo que designa o dever de estar em conformidade com as normas internas e externas que regulam as atividades da organização empresarial.

Os autores alertam para diversas condutas praticadas no âmbito privado que infringem esses preceitos: contratações fraudulentas de produtos ou serviços junto ao Poder Público; pequenas violações legais ou morais cotidianas praticadas ou encobertas por colaboradores e gestores; financiamento privado de campanha política com vistas a troca de facilitações posteriores; entre outros. Cabe explorarmos o último elemento, pois é possível percebê-lo como ponto comum a todos os casos brasileiros de corrupção abordados neste estudo. SANSEVERINO (2012) pondera que o tema suscita reflexões tanto polêmicas quanto complexas. A discussão consiste nas possibilidades de origem exclusivamente pública ou mista (pública e privada) dos

recursos que custeiam campanhas políticas. Observa-se que nosso atual sistema é misto.

A Lei das Eleições (Lei nº 9.504, de 1997) dispõe em seu artigo 79 que "*o financiamento das campanhas eleitorais com recursos públicos será disciplinado em lei específica*." Com isso, a proposta de um fundo único público é juridicamente possível. Todavia, mesmo sendo recorrente objeto de reforma perante as Casas do Congresso Nacional, os projetos de lei tramitam sem definição, a saber:

> a) Proposta de Projeto de Lei da Comissão da Reforma Política do Senado Federal sobre Financiamento Público de Campanha Eleitoral que dispõe sobre o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais e dá outras providências – o PLS n. 268/2011;
>
> b) Proposta de Projeto de Lei do Senado Federal acerca do Financiamento de Campanha Eleitoral, cuja ementa é: SF PLS 153 de 2009: (...), para vedar o financiamento de campanha eleitoral por pessoa jurídica que tenha firmado contrato administrativo com a Administração Pública pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, decorrente de licitação ou de sua dispensa.

Para além das características positivas e negativas próprias a cada sistema de financiamento, destacam-se os pontos positivo no tocante ao custeio público: menor interferência do poder econômico privado nas campanhas eleitorais; mais equidade nos pleitos disputados; mais publicidade aos gastos para aumento da fiscalização. Assim, julgamos inadequado o termo "doação de campanha". Isso porque, na realidade, é como se empresários influentes emprestassem recursos a candidatos aos cargos legislativos e executivos. Estes, quando (re) eleitos, passam então a defender os interesses particulares daqueles, o que viola princípios democráticos e republicanos resguardados pelo ordenamento jurídico.

Ainda que se mantenha o financiamento misto de campanha eleitoral, Sanseverino alerta para a necessidade da alteração de dois aspectos fundamentais: maior publicidade do financiamento durante o período de disputa e, em decorrência disso, maior efetividade na fiscalização por parte dos agentes de controle (Ministério Público Eleitoral, Justiça Eleitoral, adversários e sociedade civil).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que, no Brasil, a corrupção é um problema sistêmico e demasiadamente complexo, cujas potenciais soluções decorrem de profunda estruturação no campo da ética, do Direito e das relações comerciais.

A institucionalização da prática encontra bases sólidas no processo exploratório de colonização do país, do qual se originaram elementos recorrentes até hoje: o patrimonialismo, o clientelismo e o coronelismo. Um dos efeitos é a má percepção interna e externa de transparência e probidade, o que retroalimenta esse ciclo. Segundo Bobbio (1998):

> A Corrupção, ora surja em um sistema em expansão e não institucionalizado, ora atue em um sistema estável e institucionalizado, é um modo de influir nas decisões públicas que fere no íntimo o próprio sistema. De fato, este tipo privilegiado de influência, reservado àqueles que possuem meios, muitas vezes só financeiros, de exercê-la, conduz ao desgaste do mais importante dos recursos do sistema, sua legitimidade. BOBBIO (1998, p. 293)

Ao longo do estudo, buscamos retratar, sob a perspectiva exemplificativa, os grandes escândalos de corrupção ocorridos no Brasil, especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988. Além disso, refletimos em que medida a experiência italiana da Operação Mãos Limpas, que infelizmente sofreu um revés por

parte das próprias instituições italianas, pode contribuir para que o Brasil prossiga no mesmo rumo em relação à Lava Jato.

Reconhecemos os esforços recentes tomados pelos Poderes Legislativo e Judiciário no sentido de enfrentamento à corrupção. Destacou-se a Lei da Ficha Limpa (2010) que ampliou as hipóteses constitucionais de inelegibilidade, como bem assim permite o Texto Maior, para obstar a eleição de candidato que tenha sofrido condenação por órgão colegiado, mesmo que ausente o trânsito em julgado.

Por derradeiro, sugerimos mudanças importantes como: I) o aumento da participação social no exercício de seus Direitos Políticos; II) a aprovação dos Projetos de Emenda Constitucionais no que tocam à prisão em segunda instância e o fim do foro privilegiado com vistas a mitigar a impunidade histórica aos "crimes de colarinho branco"; III) a atuação independente das instituições democráticas do país, sobretudo quanto à Polícia Federal e ao Ministério Público; e IV) a consolidação do *compliance* privado correlacionado ao financiamento público de campanha eleitoral, de modo a coibir a interferência dos agentes economicamente influentes.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELO, Tiago. **Catapultada por excessos da "lava jato", lei contra abuso entra em vigor.** Conjur, janeiro/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/lei-abuso-autoridade-entra-vigor-nesta-sexta>. Acesso em: agosto/2020.

BARBOZA, Márcia Noll. **O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil.** Brasília: Ministério Público Federal, p. 24, 2006.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política.** 11ª Edição. Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

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

BRASIL. **Lei nº 9.504**, de 30 de Setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1997.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2013.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Estado, sociedade civil e legitimidade democrática. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 36, p. 85-104, 1995.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta acaba com recursos e permite prisão em segunda**. Comunicação, Notícias, novembro/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/615026-pec-acaba-com-recursos-e-permite-prisao-em-segunda-instancia>. Acesso em: agosto/2020.

CASTRO, Matheus Felipe; DE FREITAS MENDES, Frederico Ribeiro. **Dois pesos, duas medidas: o Supremo tivista e a restrição do foro por prerrogativa de função do legislativo: um estudo a partir da QO na AP 937 do STF**. Revista Culturas Jurídicas, v. 5, n. 12, 2019.

CHEMIM Rodrigo. **Déjà vu: diálogos possíveis entre a Operação "Mãos Limpas" italiana e a realidade brasileira.** Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, v. 3, p. 189-233, 2016.

CORRUPÇÃO. In: **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. MICHAELIS, Dicionário. Editora Melhoramentos Ltda. Disponível em:<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=we1w>. Acesso em: agosto/2020.

DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção: A Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade.** Sextante, 2017.

DOS SANTOS, Renato Almeida; DE HOYOS GUEVARA, Arnoldo Jose; AMORIM, Maria Cristina Sanches. Corrupção nas organizações privadas: análise da percepção moral segundo gênero, idade e grau de instrução. **Revista de Administração**, v. 48, n. 1, p. 53-66, 2013.

ENTREVISTA DE JOSÉ PADILHA AO JORNAL O GLOBO. Vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5rrJQS9XHOI>. Acesso em: agosto/2020.

LADEIRA, Beatriz Maria do Nascimento. **Compreendendo a Lei da Ficha Limpa**. Revista Eletrônica da EJE: ano 5, n. 4, 2015.

NOVO, Benigno Núñez. **As mudanças na legislação penal e processual penal com o pacote anticrime.** DireitoNet. Artigo, Direito Penal, fevereiro/2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11475/As-mudancas-na-legislacao-penal-e-processual-penal-com-o-pacote-anticrime>. Acesso em: agosto/2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE - **OPAS Brasil. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus).** Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 30/agosto/2020.

POLÍCIA FEDERAL. **Operação Lava Jato – Números.** Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>. Acesso em: agosto/2020.

PRAÇA, Sérgio. **Corrupção e reforma institucional no Brasil, 1988-2008.** Opinião Pública, v. 17, n. 1, p. 137-162, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Editora Companhia das Letras, 2011.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. Financiamento de campanha eleitoral– entre o público e o privado1. **Direito Eleitoral**, p. 251, 2012.

SANTOS, Valmaria Lemos da Costa; SANTOS, José Erimar dos. As redes sociais digitais e sua influência na sociedade e educação contemporâneas. **HOLOS**, v. 6, p. 307-328, 2014.

SENADO FEDERAL. **Senadores cobram votação de PEC do foro privilegiado, há sete anos em análise**. Matérias, Projetos, julho/2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/03/senadores-cobram-votacao-de-pec-do-foro-privilegiado-ha-sete-anos-em-analise>. Acesso em: agosto/2020.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF conclui julgamento e restringe prerrogativa de foro a parlamentares federais.** Imprensa, Notícias STF, maio/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>. Acesso em: agosto/2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de Percepção da Corrupção (IPC) em 2019.** Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: agosto/2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Ranking de Transparência no Combate à COVID-19.** Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br /ranking/>. Acesso em: agosto/2020.

REVISTA DIREITO FAE

SOBRE (A)TIPICIDADES E (IN)SIGNIFICÂNCIAS: DUAS CRÍTICAS AO DESPREZO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ON (A) TYPICITIES AND (IN) SIGNIFICANCES: TWO CRITICS OF THE CONTEMPT TO THE PRINCIPLE OF MINIMUM INTERVENTION IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Airto CHAVES JUNIOR[1]

Samara Sandra TAMANINI[2]

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo demonstrar, por meio do estudo das Súmulas 589 e 599 do Superior Tribunal de Justiça, que os argumentos de que se vale este Tribunal para impedir a análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas e contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima, que tem no Direito Penal o último recurso

[1] Doutor em Ciência Jurídica (UNIVALI); Doutor em Direito (Alicante, Espanha); Professor permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI (Mestrado e Doutorado). E-mail: oduno@hotmail.com.

[2] Graduada em Direito (UNIVALI); Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia (Introcrim/CEI). E-mail: samaratamanini@hotmail.com.

de intervenção do Estado. Com o encerramento, conclui-se que a direção e as justificativas para o reconhecimento do injusto a partir da incidência das Súmulas 589 e 599 do Superior Tribunal de Justiça consolidam uma latente desorientação jurisprudencial. Primeiro, porque a relevância penal de determinadas condutas é verificada a partir de critérios alinhados tão somente à pessoa do agente, e não ao fato praticado por ele (Direito Penal de Autor). Segundo, porque a tipicidade penal é determinada a partir do contexto em que é praticada a conduta (violência doméstica ou familiar contra a mulher), desprezando-se por completo a lesão (ou mesmo, perigo de lesão) ao bem jurídico declaradamente tutelado (Direito Penal Simbólico). Por fim, constata-se a subversão de bens jurídicos para a promoção de outros bens, alheios aqueles declaradamente tutelados pela norma penal que se reconhece violar. Quanto à metodologia, a fase de investigação denota a utilização do método indutivo, subsidiado por pesquisa bibliográfica e análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Insignificância. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Teoria do Bem Jurídico.

ABSTRACT

The present research aims to demonstrate, through the study of Precedents 589 and 599 of the Superior Court of Justice, that the arguments that this Court has used to prevent the analysis of the typicity of the fact in crimes committed against women in the context of domestic violence and against Public Administration violate the Principle of Minimum Intervention, which has in Criminal Law the last resort of State intervention. It is concluded that the direction and the justifications, for the recognition of the offence, derived from the incidence of Precedents 589 and 599 of the Superior Court of Justice consolidate a latent jurisprudential disorientation. First, because the penal relevance of certain behaviors is verified using criteria that are only aligned to the person of the

agent, and not to the fact practiced by him (Criminal Law of the Author). Second, because the typicity is determined based on the context in which the conduct is practiced (domestic or family violence against women), completely disregarding the injury (or even the danger of injury) to the legally protected Legal Good (Symbolic Criminal Law). Finally, there is a subversion of Legal Goods for the promotion of other Legal Goods, apart from those declared to be protected by the criminal law rule known to be violated. As for the methodology, the investigation phase consisted of the use of the inductive method, supported by bibliographic research and analysis of precedents set by the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: Principle of Insignificance. Precedents of the Superior Court of Justice. Theory of the Legal Good.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto o estudo das Súmulas 589 e 599 do Superior Tribunal de Justiça, que impedem a incidência do princípio da insignificância aos fatos que encontram tipicidade formal nos delitos praticados contra a mulher no âmbito doméstico e contra a Administração Pública, respectivamente.

Justifica-se o estudo frente ao desalinhamento entre a orientação do Superior Tribunal de Justiça (negação absoluta da análise do conteúdo material do tipo) e os postulados do Princípio da Intervenção Mínima, a vista da ofensividade do Bem Jurídico que justificaria o processo de incriminação.

O problema de pesquisa é o seguinte questionamento: as Súmulas editadas pelo STJ que negam a análise do conteúdo material do tipo aos delitos praticados no âmbito de violência doméstica contra a mulher e aos crimes contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima?

Assim, objetiva-se demonstrar que os argumentos de que se vale o STJ para impedir a análise da tipicidade material do fato nesses casos viola o Princípio da Intervenção Mínima, que tem no Direito penal o último recurso de intervenção do Estado.

Para tanto, iniciar-se-á o trabalho com a análise do bem jurídico como limite à intervenção penal no âmbito político-criminal.

Na sequência, trata-se dos postulados da intervenção mínima, os quais orientam uma política criminal orquestrada nas naturezas fragmentária e subsidiária do Direito Penal, excluindo-se aquelas condutas que não lesam ou, então, que afetam muito superficialmente o bem jurídico penalmente tutelado.

Por fim, analisam-se os precedentes que deram origem às Súmulas 589 e 599 do STJ, as quais sedimentaram uma orientação de *prima ratio* em matéria penal no Brasil para dois grupos específicos de infrações.

A pesquisa é encerrada com as considerações finais, nas quais serão apresentados os pontos conclusivos destacados acerca do objetivo geral e do questionamento proposto.

Quanto à metodologia, a fase de investigação denota a utilização do método indutivo, subsidiado por pesquisa bibliográfica e análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

1 O BEM JURÍDICO PENAL COMO LIMITE À INTERVENÇÃO PENAL

Atualmente, o posicionamento doutrinário majoritário admite que o Direito Penal é um instrumento protetor dos bens jurídicos, vertente esta que encontra defensores, por exemplo, na Alemanha (ROXIN, 2013, p. 16-18), na Espanha (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 90), na Itália (FERRAJOLI, 2002, p. 381-384) e no Brasil

(TAVARES, 2018, p. 96-98). Trata-se de uma concepção do funcionalismo penal teleológico, valorativo ou moderado desenvolvido pelo penalista alemão Claus Roxin.

O Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, proposto por esse autor, implica em um conceito de Bem Jurídico crítico com a legislação, "*[...] na medida que pretende demonstrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima*". Neste ínterim, Bem Jurídico pode ser compreendido como *"[...] circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos*" (ROXIN, 2013, p. 18-20).

Porém, essa ideia de proteção de bens jurídicos pela via do Direito Penal necessita ser enfrentada, pois, conforme anota Paulo César Busato (2017, p. 15-17), o Direito Penal oferece uma proteção meramente simbólica de Bens Jurídicos, já que só será legítimo intervir *ex post factum.* Nesse sentido, a missão do Direito penal é a realização do "*controle social do intolerável*", identificado pela existência "[...] de um ataque grave a um bem jurídico essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade", sendo esta a justificativa da imposição de uma norma jurídico-penal.

Por isso, a Criminologia Crítica (BARATTA, 2004) desacredita a capacidade preventiva de qualquer etapa da criminalização. A norma penal não possui nenhum efeito determinante na prática ou não de crimes. Porém, "*ainda assim, promovem-se esquemas de justificação para que se legitime esse projeto legislativo criminalizador de viés punitivo, mesmo que a esfera prática de proteção reste relegada a uma solução puramente artificial*" (CHAVES JUNIOR, 2018, p. 120).

O bem jurídico, então, deve operar como um limite, muito mais do que mera justificativa, para a intervenção penal, a partir da sua "*função teleológico-sistemática*" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 402).

Sendo assim, ao invés de tratar o Bem Jurídico Penal como objeto de proteção em um dado conceito, melhor seria tê-lo como *"[...] ônus argumentativo necessário a*

partir do qual, legitimamente, um tipo penal pode ser criado e a ação adequada formalmente a este tipo pode ser, no plano concreto, considerada relevante a ponto de ser legítima a imposição da pena [...]" (CHAVES JUNIOR, 2019, p. 18).

Recorda-se que "*[...] a origem e o sentido do bem jurídico em nosso modelo constitucional deve operar como um limite ao poder estatal (função negativa), não devendo jamais ser entendido em sentido contrário*". Logo, não há obrigação do legislador penal criminalizar condutas e nem do Direito penal atuar em casos ao único argumento da danosidade social. Afinal, não se trata do único e o mais eficaz meio de intervenção do ordenamento jurídico (CUSSAC; BUSATO; CABRAL, 2017, p. 214).

Daí o conceito material de crime, que limita "*[...] o poder de punir, na exata medida em que se afasta do direito penal a forma sem a matéria"* (BRANDÃO, 2015, p. 16). A proteção de bens jurídicos, "*[...] cumprida a partir da determinação do conteúdo material do delito, impede, assim, que qualquer tipo de interesse ou convicção moral cuja violação não tenha repercussão social negativa relevante possa servir de fundamento de incriminação [...]*" (BECHARA, 2014, p. 71). Por consequência, o bem jurídico, como critério dogmático, tem sua função essencial na capacidade de mostrar que o "*[...] direito penal não pode ser aleatório, que assume pela primeira vez de forma racional a sua legitimação*" (PEREIRA, 2003, p. 310).

Assim, "*negar a função limitadora do bem jurídico significa, portanto, esvaziar sua função dogmática, convertendo a estrutura do delito em construção meramente espiritualizada, a possibilitar uma aplicação desmedida e autoritária do Direito Penal*" (BECHARA, 2014, p. 144). Ou seja, "*[...] a rejeição do bem jurídico como objeto de proteção fragmentária e subsidiária da criminalização poderia criar um vazio legal preenchível pela vontade do poder, ou pelas expectativas normativas como objetos de criminalização [...]*" (SANTOS, 2012, p. 16).

Observa-se, portanto, que o bem jurídico é um ponto central na imposição de limites à intervenção penal.

2 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA EM MATÉRIA PENAL NO BRASIL

O Princípio da Intervenção Mínima "*[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes*" (BITENCOURT, 2020, n. p.).

Na perspectiva deste princípio, que tem fundamento nos preceitos da Constituição da República, a conduta, embora se enquadre perfeitamente no preceito primário do tipo, não representa ofensa relevante ao bem jurídico penalmente tutelado para configurar um injusto típico. Assim, "*pode-se dizer que nem todos os bens jurídicos requerem uma tutela penal, nem todos que a requerem precisam dela em todos os casos que enfrentem qualquer tipo de dano ou ataque*" (CUSSAC; BUSATO; CABRAL, 2017, p. 116).

A criminalização, então, será limitada em dois níveis. No primeiro deles (criminalização primária)[3], exercida pelo legislador, só será legítima a proibição de determinados comportamentos quando estes representarem conteúdo lesivo aos bens jurídicos penalmente tutelados, pois não há como delimitar o poder punitivo do Estado sem esse "*pressuposto material que lhe trace os contornos da estabilidade*" (TAVARES, 2002, p. 180).

Já no segundo nível (criminalização secundária), exige-se do intérprete da lei um procedimento mental denominado "*juízo de tipicidade*" (ZAFFARONI,

[3] É por isso que o princípio da intervenção mínima, segundo Juarez Tavares (1992, p. 82), é um "princípio de ordem política", pois "vincula o legislador, previamente a qualquer elaboração legislativa, de modo que esse se veja obrigado a verificar se a lei que irá propor, formular, discutir, redigir ou promulgar se harmoniza com os postulados dos direitos humanos".

PIERANGELI, 2008, p. 385), que significa uma valoração do comportamento, nos âmbitos formal e material.

A tipicidade formal, aqui mencionada, "*é a subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo legal*". Somente após um juízo desse mérito, positivo ou negativo, e a delimitação do âmbito do punível (aferição material) pelo intérprete da lei, é que se revelará se a conduta é penalmente típica (quando preenchidos os aspectos formal e material), sendo aí estabelecidas "*as fronteiras e os contornos da intervenção penal*" (PRADO, 2017, n. p.).

Para tanto, é na "*gradação qualitativa e quantitativa do injusto*" que o fato insignificante impedirá o reconhecimento da tipicidade penal da conduta (TOLEDO, 1994, p. 134) e, consequentemente, a imputação de qualquer responsabilidade penal ao agente. Nesse sentir, o bem jurídico funciona como "*[...] o critério hermenêutico que motiva o afastamento da tipicidade formal, quando não se reconhecer a sua violação ou a sua exposição a perigo*" (BRANDÃO, 2014, p. 85).

Deve-se recordar, no entanto, que a intervenção penal é fragmentária, pois direcionada somente aos casos de ataques mais graves e intoleráveis aos bens jurídicos penais (CUSSAC; BUSATO; CABRAL, 2017, p. 115).

Ainda, a proteção de bens jurídicos será subsidiária. Afinal, o Direito Penal não protege todos os bens jurídicos previstos na Constituição da República, senão aqueles mais relevantes. Logo, não existe uma obrigação para o legislador sancionar penalmente toda conduta que lesione um bem jurídico, nem é o Direito penal o único meio de sua proteção, mas sim o último e o mais grave instrumento voltado para esse objetivo (MUNÕZ CONDE, 2001, p. 563).

São os critérios da lesividade, fragmentariedade e a subsidiariedade, portanto, desdobramentos do Princípio da Intervenção Mínima, já que constituem um filtro político-criminal das condutas que justificam a intervenção mínima do Direito penal.

Nesse panorama, observa-se que o bem jurídico é o referencial obrigatório da intervenção mínima, "*[...] evitando-se um raciocínio pragmático superficial que, por meio da pretensão de maior eficácia do controle de determinadas situações, lance mão da intervenção penal em quaisquer hipóteses*" (BECHARA, 2014, p. 377-379).

No Brasil, o Princípio da Intervenção Mínima é tratado como princípio da insignificância ou bagatela, nomenclatura que foi utilizada por Claus Roxin (2002, p. 73) na obra *Política criminal y sistema del derecho penal*. Porém, a terminologia não parece apropriada para demonstrar o sentido e orientação do referido princípio.

Paulo César Busato (2017, p. 61), por exemplo, atribui críticas à questão terminológica da "insignificância" ou "bagatela", por não refletir o princípio orientador da intervenção penal. O uso das referidas expressões transmite a ideia da discussão sobre a criminalização ou não de comportamentos insignificantes e associa o princípio à pouca importância, além de induzir o leitor a concluir que o objeto material é o que determinará a necessidade de intervenção penal. Por outro lado, o termo "intervenção mínima" é coerente com a proposta aqui delineada, pois vincula, inclusive foneticamente, a intervenção penal ao mínimo necessário diante das circunstâncias do caso concreto.

Não bastasse essa incoerência terminológica verificada tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, observa-se alguns problemas na compreensão e nos critérios hermenêuticos utilizados para a aplicação do referido princípio no Brasil. Exemplo disso é o que a doutrina convencionou como "bagatela própria e imprópria[4]".

[4] Na infração bagatelar própria, a conduta nunca adquiriu relevância penal, em razão da inexistência de desvalor da ação ou de desvalor do resultado. Aqui, portanto, se exclui a tipicidade material e, consequentemente, a tipicidade penal. Já na infração bagatelar imprópria, há relevância da conduta inicialmente posta, porém, verifica-se mais à frente que a aplicação da pena se tornou desnecessária (GOMES, 2006, p. 47). Na verdade, conforme aquilo que se apresente, essa ideia de "infração bagatelar imprópria" mais se aproxima ao instituto do perdão judicial, sobretudo, porque não interfere na tipicidade do fato, mas na punibilidade do agente.

Essa anomalia criada pela doutrina moderna deve ser lida criticamente. Não há que se fazer essa distinção e não apenas pela nomenclatura “bagatela” ser bastante desapropriada, mas porque o Princípio da Intervenção Mínima, conforme já verificado, se refere à análise das condutas que encontram relevância a partir do grau de ofensividade ao bem jurídico penalmente tutelado e que não pôde ser tratado por outros meios de controle social, tornando necessária a intervenção de *ultima ratio* do Direito penal.

Veja-se que há um filtro político-criminal que despacha liminarmente condutas materialmente atípicas em matéria penal, mas em momento algum se discute o merecimento ou não de imposição de pena. Referido princípio instrumentaliza uma interpretação restritiva nos tipos penais, voltada para que se “*[...] mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico*” (ROXIN, 2000, p. 47), mas sem adentrar propriamente nesse mérito.

A deturpação de sentido do Princípio da Intervenção Mínima é tão brutal que se assemelha a imposição de limites político-criminais à pretensão punitiva do Estado (intervenção mínima) com a imposição de pena em razão da prática de determinada infração penal (punibilidade), como se fossem medidas idênticas no ordenamento jurídico.

Inclusive, a bagatela imprópria parece ser uma esquizofrênica causa de extinção da punibilidade pela via do perdão judicial (Art. 107, IX, CP) já que o instituto apenas poderia ser estabelecido pela lei (taxativo). Então, tem-se que essa construção doutrinária da bagatela própria, para condutas materialmente irrelevantes, e bagatela imprópria, nos casos de desnecessidade de aplicação da pena, não merece prosperar.

Quanto à aplicação do Princípio da Intervenção Mínima, de maneira geral, os precedentes apontam para os vetores interpretativos fixados no Habeas Corpus

84.412-0/SP[5] pelo Supremo Tribunal Federal, a saber: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade; d) inexpressividade da lesão jurídica. No âmbito dos Tribunais Superiores, a adoção desses critérios passou a ser matéria sedimentada em meados do ano de 2008[6].

No entanto, essas balizas, que servem como critérios hermenêuticos para a aplicação do princípio no Brasil, são totalmente desvirtuadas dos postulados da intervenção mínima, a exemplo da "*[...] possibilidade de averiguação de toda a conduta social do agente, chamando à determinação da existência do fato criminoso aspectos relativos à pessoa do réu em um verdadeiro Direito penal do autor*" (BUSATO, 2017, p. 62).

Acresce-se, ainda, que tais vetores são "tautológicos", pois se houver mínima ofensividade da conduta, todos os outros critérios serão preenchidos por um desencadeamento lógico sobre a mesma ideia, mas expressada por meio de palavras diferentes (QUEIROZ, 2020, p. 97). Ou seja, se a conduta expressa mínima ofensividade ao bem jurídico penalmente tutelado, evidentemente também não comportará nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica.

Por essa breve exposição, tem-se que, se este princípio, com os dilemas que enfrenta, é o responsável pela orientação da intervenção penal, não surpreende que a sua aplicação no Brasil seja completamente contrária à proposta inicial, figurando o Direito penal como *prima ratio* da intervenção estatal em diversos casos.

---

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.412-0/SP, rel. Min. Celso Mello, 2ª T., j. 19/10/2004, DJe 19/11/2004.

[6] A partir do REsp 956.898/RS, julgado em 23/08/2007, a quinta Turma do STJ alinhou o seu entendimento conforme as demais Turmas deste Tribunal e do STF quanto à aplicação dos critérios fixados no HC 84.412/SP.

Este trabalho, porém, abarca essa análise para dois grupos específicos de infrações, conforme se verificará a seguir com o estudo das Súmulas 589 e 599 do STJ e os precedentes deste Tribunal, sobretudo aqueles que lhes deram embasamento.

2.1 Súmula 589 do STJ: a negação da análise do conteúdo material do tipo para os crimes praticados no contexto da lei 11.340/2006

Dispõe a Súmula 589 do STJ que "*é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas*".

Ao analisar os julgados que deram origem a essa orientação, constata-se que o Tribunal justifica a inaplicabilidade do princípio da insignificância, a exemplo do Habeas Corpus 317.781/MS[7], pela violência física empregada contra a vítima, especialmente quando o fato for praticado no âmbito doméstico ou familiar.

Aqui, percebe-se que o contexto em que o crime foi praticado (situação de violência doméstica ou familiar) impediu a análise da relevância das lesões corporais. É preciso dizer, no entanto, que o Princípio da Insignificância não converge com essa medida. A agressão não determina a exclusão da insignificância do fato porque é possível que a lesão à integridade física da vítima seja tão pequena a ponto de nem configurar um ato de violência. Basta refletir sobre a hipótese da prática de lesão corporal, consistente em um arranhão, amoldada formalmente ao artigo 129, §9º do CP e conforme as disposições da Lei Maria da Penha, mas sem conteúdo material suficiente para embasar a ocorrência de um fato típico.

Nesse sentido, Claus Roxin (2000, p. 48) anota que não se criminaliza violações irrelevantes ao Bem Jurídico Penal, já que "*[...] por "violência", não se pode*

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 317.781/MS, rel. Min. Newton Trisotto, 5ª T., j. 06/08/2015, DJe 19/08/2015.

entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser "sensível" para adentrar no marco da criminalidade".

Por isso, reconhecendo-se que há um bem jurídico tutelado pela norma e, ainda, que a lesão a esse bem pode ser objeto de graduação, deve-se, no caso concreto, verificar em qual dessas dimensões está compreendida a ação: lesão (ou perigo de lesão) de grande gravidade, média gravidade, pequena gravidade ou, por fim, sem possibilidade de lesão ou perigo, sendo possível identificar comportamentos que, embora formalmente encontrem tipicidade, não tem qualquer relevância penal a vista da atipicidade material.

Deste modo, essa orientação jurisprudencial solidificada por meio da Súmula 589 do STJ demonstra um alargamento da tipicidade como reflexo de uma irracionalidade punitiva no Brasil (CHAVES JUNIOR, 2018, p. 118), inclusive fere o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual compreende-se que a dosagem da intensidade e quantidade da pena partirá da ofensa e gravidade do ataque ao bem jurídico, para que haja uma atuação repressora proporcional à conduta do agente (CUSSAC; BUSATO; CABRAL, 2017, p. 115).

Outros argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para sustentar esse impedimento, também insuficientes a qualquer fundamentação razoável, podem ser resumidos na "*relevância penal da conduta*[8]", "*significativa reprovabilidade da conduta*[9]" e o "*bem jurídico tutelado*[10]". Essa linha argumentativa, porém, não possibilita compreender ao certo o que conferiria relevância e significativa

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 318.849/MS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 27/10/2015, DJe 16/11/2015.

[9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 758.017/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 09/08/2016, DJe 22/08/2016.

[10] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 535.917/MS, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 14/06/2016, DJe 23/06/2016.

reprovabilidade, senão a partir da ofensividade da conduta ao bem jurídico ou, ao menos, após ter sido superado esse ponto.

No mais, o bem jurídico penalmente tutelado propriamente dito não torna nem impede o reconhecimento de condutas insignificantes, e sim o grau quantitativo e qualitativo da sua afetação. Do contrário, o bem jurídico atribuído pelo legislador penal quando da criminalização primária de comportamentos bastaria à intervenção penal, dispensando-se qualquer atuação do intérprete da lei no âmbito da tipicidade material.

Não se nega a proteção constitucional, veiculada no artigo 226, §8º da CRFB/88[11], e a coibição da violência doméstica ou familiar contra a mulher como objetivo político-criminal deflagrado pela Lei n. 11.340/2006. No entanto, não há nada que justifique a relevância penal, em absoluto, a comportamentos que não afetaram aquilo que a norma busca proteger, ao menos conforme os critérios político-criminais oriundos da mínima intervenção penal.

Dito isso, observa-se dos precedentes do enunciado da Súmula 589 do STJ uma postura que renuncia a possibilidade de se analisar se "*o caso reflete um ataque a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento da vítima em sociedade*" e "*que esse ataque seja grave o suficiente para justificar que a última instância de controle social penal entre em ação*". Consequentemente, também se ignora a gravidade da lesão (ou, perigo da), diagnosticada na "*tolerabilidade social*" da violação ao bem jurídico, o grau de "*intensidade do prejuízo ao bem jurídico da vítima em face de suas condições pessoais*" e "*se o emprego do Direito penal, na hipótese concreta, não é meramente simbólico, diante da melhor e mais eficaz possibilidade de solução do problema social por outra via*" (BUSATO, 2017, p. 64).

[11] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Neste ponto, é justamente o que parece: uma reação simbólica do Superior Tribunal de Justiça. Winfried Hassemer (1994, p. 43) lembra alguns exemplos que se alinham a essa política criminal de viés promocional, tais como o aumento das penas pelo legislador penal visando demonstrar à população uma preocupação e atitude ativa no combate à criminalidade, mesmo que isso não tenha nenhum valor empírico (ou seja, a medida não impede nem diminui a prática de crimes), previsão de mais tipos penais alargando o âmbito de possibilidades de responsabilização e, por consequência, restringindo o âmbito de liberdade, etc. Em sentido semelhante, ao considerar materialmente típicas condutas que não promovem qualquer violação ao bem jurídico que justifica a existência da norma penal, tem-se resultados pouco significativos para aquilo que se busca (ou que, ao menos se declara buscar) atingir, pois a criminalização secundária de condutas insignificantes não promove qualquer retração da prática de violência contra a mulher (tanto o é que, de fato, os índices da prática de violência não diminuem[12]).

Nesse sentido, parece que o Direito penal não reflete mais do que "*um instrumento de pedagogia social para 'sensibilizar' as pessoas*" referente a violência contra as mulheres e, de certa forma, a sua discriminação. É claro, porém, que a intervenção penal não se presta, única e exclusivamente, a enfatizar a população que a violência contra as mulheres é proibida ("*orientação pelas consequências"*) (HASSEMER, 1999, p. 21-22).

Isto posto, observa-se que a jurisprudência e o enunciado da Súmula 589 do STJ corroboram uma resposta meramente simbólica dos Tribunais frente a revelante

[12] Conforme a 8ª edição da Pesquisa Nacional sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, realizada pelo Instituto de Pesquisa DataSenado e o Observatório da Mulher contra a Violência, em 2017, ano de publicação da Súmula 589 do STJ, a percepção do aumento da prática de violência contra pessoas do sexo feminino era de 69%, percentual este que aumentou em 13% no ano de 2019, passando a 82%. Conforme o levantamento, "para 13% das entrevistadas, os níveis de violência permaneceram constantes e para 4%, diminuíram" (BRASIL, 2019, p. 3).

tarefa de coibir a violência de gênero no país nos crimes praticados no contexto da Lei n. 11.340/2006. Determina-se (ou excede-se) a tipicidade penal para toda e qualquer conduta que encontre subsunção à descrição contida na norma ao passo em que se despreza por completo a lesão (ou mesmo, perigo de lesão) ao bem jurídico declaradamente tutelado.

2.2 Súmula 599 do STJ: a vedação da análise da tipicidade material do fato nas condutas que encontram tipicidade formal nos delitos contra a administração pública

Noutro giro, tratando-se dos crimes cometidos contra a Administração Pública, a situação é bastante semelhante. Os precedentes originários que deram embasamento à Súmula 599 do STJ[13] dispõem a seguinte orientação: "*não se aplica o princípio da insignificância aos crimes cometidos contra a administração pública, ainda que o valor seja irrisório, porquanto a norma penal busca tutelar não somente o patrimônio, mas também a moral administrativa*[14]". A justificativa, portanto, é a tutela da moral administrativa que, por ser insuscetível de valoração econômica, supera qualquer dimensão material.

Exemplo disso pode ser extraído do Recurso Especial 1.062.533/RS[15], sob relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, onde se decidiu pela tipicidade da conduta

[13] Súmula 599 – "O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública".

[14] Conforme: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 487.715/CE, rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., j. 18/08/2015, DJe 01/09/2015. Anota-se outros precedentes do Tribunal no mesmo sentido: AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 342.908/DF, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 572.572/PR, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 614.524/MG, Recurso em Habeas Corpus nº 51.356/SC, AgRg no Habeas Corpus nº 188.151/SP, AgRg no Agravo de instrumento nº 1.105.736/MG, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 648.194/SP, Habeas Corpus nº 274.487/SP.

[15] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.062.533/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 05/02/2009, DJe 09/03/2009. Outro caso similar e que demonstra o Direito Penal de Autor no ordenamento jurídico brasileiro por este Tribunal é o Habeas Corpus 192.242/MG, sob relatoria do Ministro Gilson Dipp, que tratou sobre um caso envolvendo a prática do crime de furto de quatro unidades de chocolate Bis, totalizando R$ 0,40 (quarenta centavos de Real), supostamente cometido

do recorrente que, na condição de funcionário público, subtraiu produtos médicos, avaliados em R$ 13,00, de uma Secretaria Municipal de Saúde. Naquela ocasião, não obstante o reconhecimento do valor irrisório do caso em comento e do bem jurídico "patrimônio público" no crime de peculato (Art. 312, CP), "*o recorrente aproveitou-se de sua função pública para subtrair os bens*", atingindo "*a moral administrativa e a fé pública, o que é inaceitável*". Assim, por afetar esses três bens jurídicos e, ainda, diante da "*alta reprovabilidade da conduta*", não incidiria o princípio da insignificância.

Esses argumentos que dão sustentação ao precedente e, por consequência, a edição da Súmula objeto de crítica, não convencem, mormente quando outros ramos do Direito, ou seja, outros segmentos de controle de comportamentos dos servidores, podem, com igual ou melhor resultado, buscar atingir a proteção dos valores ali anotados. O próprio Direito Administrativo, neste ponto, é a melhor das opções, levando-se em conta a subsidiariedade penal. Afinal, uma política criminal que se queira válida em um Estado democrático, "*deve exigir do Direito Penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de atuação ali onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias [...]*" (DIAS, 2017, p. 287). Desse modo, além da subtração de bens avaliados em treze reais não lesionar de forma significativa a Administração Pública (inclusive o Supremo Tribunal Federal já reconheceu essa possibilidade[16]), certamente há outros instrumentos de controle para comportamentos tão inexpressivos.

por um policial militar. Conforme: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 192.242/MG, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011.

[16] Ver, por exemplo, caso análogo julgado pelo Supremo Tribunal Federal (mesmo prejuízo patrimonial à Administração Pública), em que foi reconhecida a aplicação do princípio da insignificância, por maioria, com a consequente absolvição do impetrante: BRASIL. Supremo Tribunal Federal Habeas Corpus 112.388/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 21/08/2012, DJe 13/09/2012.

O fato é que, aparentemente, a responsabilidade penal é diagnosticada em razão da pessoa do agente, ou seja, por ser o autor do fato, servidor público. Explica-se.

O exercício de cargo público é condição inerente ao crime de peculato (crime *funcional*). Desse modo, caso a conduta não fosse perpetrada por funcionário público, nem mesmo se trataria de comportamento formalmente típico. Especialmente por isso, a condição de servidor público não pode alcançar relevância à tipicidade material, pois é elementar do tipo. Não se trata, portanto, de critério para se analisar a relevância material da conduta, mas a tipicidade formal do fato, avaliação que escapa do precedente referido acima.

Vê-se, então, que ao serem consideradas as características intrínsecas do agente (funcionário público) para sustentar um juízo completo de tipicidade penal, abandona-se o Direito penal de *Fato*, no sentido de que uma conduta exteriorizada possa ser alvo de castigo, para incidir o Direito penal de *Autor*[17] (*Täterstrafrecht*), o que representa uma explícita manifestação de um poder punitivo autoritário.

Conforme o Direito penal de culpabilidade (*de Fato*), somente a conduta humana, como primeiro marco da pretensão punitiva, bem como o resultado por ela produzido, podem sustentar a interferência penal na liberdade do indivíduo (HASSEMER, 2005, p. 282). Não são legítimas, dessa forma, as incriminações voltadas à sua personalidade.

É que "*o Direito penal somente se ocupa de fatos: somente fatos podem ser penalmente castigados*" (CUSSAC; BUSATO; CABRAL, 2017, p. 103), pelo que é irrelevante o cargo público ocupado pelo agente para se reconhecer a significância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, até porque uma conduta insignificante praticada por servidor público não adquire importância ao se verificar essa condição pessoal. Isto é, "*não é o crime que é identificado a partir do criminoso, mas o criminoso*

[17] Sobre o Direito penal de Autor ou do Inimigo, ver: (JAKOBS; MELIÁ, 2006).

a partir do crime" (QUEIROZ, 2020, p. 104) e é essa lógica que deve permanecer em um Estado Democrático de Direito.

Aliás, se o princípio da intervenção mínima implica, necessariamente, numa análise de "*níveis de intervenção*" (TAVARES, 2018, p. 76-77), seja na criminalização primária ou secundária, não é possível aferir nada além da ofensa ao bem jurídico. Nesse sentido, a perseguição penal à determinados grupos de pessoas, nesse caso, os servidores públicos, desvirtua o propósito do Direito penal de Fato em um Estado de Direito, fazendo com que essa intervenção penal, ao invés de ponderada e mínima, seja atribuída quase que automaticamente, bastando a subsunção da conduta à descrição contida no tipo penal. Em outras palavras, sempre que houver perseguição a pessoas, e não àqueles fatos praticados por elas, é bem possível que se esteja diante de um Direito penal Máximo.

Por isso, não parece razoável a edição e incidência da Súmula 599 do STJ. Não há amparo dogmático ou exegese possível para se sustentar a tipicidade material do fato em razão da mera condição de autor da ação, embora seja possível a análise das suas condições pessoais quando da dosimetria da pena (CHAVES JUNIOR, 2019, p. 30-31), salvo se considerar por completo o abandono do Princípio da Intervenção Mínima no trato dessa questão funcional que, somente a partir de uma análise de *prima ratio*, é deslocada para o campo penal.

Dessa forma, a intervenção penal mínima não deve ser ponderada no autor do delito, pois além de não ter relação nenhuma com a tipicidade material (ofensividade da conduta) e nem limitar qualquer pretensão punitiva, torna o Direito penal um instrumento voltado contra pessoas, e não a determinados comportamentos praticados por essas pessoas. E essa orientação é bastante evidente quando o mesmo Tribunal (STJ) admite a incidência do princípio da insignificância para os

autores de crimes tributários federais e de descaminho, quando a lesão ao erário público não ultrapassa a marca dos R$ 20,000 (vinte mil reais)[18].

Nesse sentido, veja-se que no crime de descaminho (Art. 334, CP), passível de cometimento por qualquer particular, a tipicidade penal é avaliada em ambas as dimensões (formal e material), reconhecendo-se a insignificância dos fatos que não gerem lesões consideráveis, muito embora referida infração penal se encontre no rol dos crimes contra a Administração Pública (Capítulo II do Título XI[19] da Parte Especial do Código Penal)[20].

Denota-se, a partir disso, flagrante incoerência desencadeada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois, diante de situações similares (condutas formalmente típicas praticadas contra a Administração Pública), aplica-se orientações completamente diferentes. E isso provoca insegurança jurídica sobre o tema[21], além de reforçar a hipótese do reconhecimento da insignificância com base nas características do autor, e não na lesão ao bem jurídico provocada por sua conduta.

Evidentemente, esse segmento jurisprudencial que afasta, em absoluto, a análise do conteúdo material de condutas insignificantes e lesões graduáveis ao bem jurídico é manifestamente oposto ao Princípio da Intervenção Mínima, já que se

---

[18] O Superior Tribunal de Justiça alinhou esse entendimento com o Supremo Tribunal Federal, conforme o Tema Repetitivo 157. Sobre a hipótese, Paulo Queiroz anota que essa orientação do STJ se alinha melhor ao princípio da proporcionalidade do que à insignificância, pois "se o referido valor fosse realmente insignificante, teria de servir de parâmetro para outros crimes, a exemplo dos patrimoniais", sobretudo porque "se não é necessária/adequada a intervenção menos grave (civil), tampouco será a mais grave (penal)" (QUEIROZ, 2020, p. 96).

[19] Este título é inaugurado no artigo 312 do Código Penal sob o título "Dos Crimes praticados por Funcionário Público contra a Administração em geral".

[20] A exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.752.824/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 05/02/2019, DJe 22/02/2019. Inclusive, este Tribunal já estendeu essa orientação da aplicabilidade do princípio da insignificância para crime tributário estadual. Ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 535.063/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. 10/06/2020, DJe 25/08/2020.

[21] Especialmente pela divergência deste Tribunal com o Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

permite a incriminação de qualquer conduta formalmente típica, mas desde que esteja na mira do processo de incriminação um servidor público.

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt (2020, n. p.), anota que "*tecnicamente, não há que se fazer essa restrição*". A resistência em aplicar o princípio da insignificância para determinados delitos no Brasil, dentre os quais, aqueles praticados contra a Administração Pública em razão da importância do bem jurídico tutelado, não obsta o reconhecimento da atipicidade material. Não basta a importância do bem jurídico penal, pois é necessário que a lesão a este bem contenha similar grau de relevância para a ocorrência de um injusto típico.

Inclusive, não se pode ignorar que a utilização deste argumento provoca alguns questionamentos, a saber: àqueles crimes cuja aplicabilidade do princípio da insignificância é permitida, tutelam bem jurídico penal de menor importância? Se sim, quais são os critérios para embasar essa diferenciação, senão por mero capricho dos intérpretes da lei? Há, então, hierarquização de bens jurídicos penais no Brasil e que justifica, aos que alcançam maior importância, qualquer intervenção penal, inclusive nos casos em que não se mostra necessária? Se assim, como sustentar, racionalmente, a diferença entre a prática do crime de furto de uma caneta "Bic" de um supermercado (conduta que pode ser materialmente insignificante, segundo o STJ) e a prática do crime de peculato pelo servidor público que se apropria de uma caneta idêntica do seu departamento de trabalho na Administração Pública?[22]

Essas inquietações certamente revelam a fissura contida na orientação do STJ a partir do enunciado da Súmula 599 que determina, arbitrariamente, a

[22] Exemplo construído a partir daquele exposto na obra de Cezar Roberto Bitencourt (2020, n. p.). Esta última situação hipotética referente à suposta prática do crime de peculato também foi trazida por Juarez Tavares para demonstrar a inexistência de lesão ao patrimônio estatal. Ver: (TAVARES, 2018, p. 231).

inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes praticados contra a Administração Pública.

Mas não é só. Acresce-se a isso o fato de os precedentes, por vezes, não remeterem à lesão ao bem jurídico, mas à afetação de deveres ou valores por servidores públicos, comportamentos que figuram estritamente no âmbito de disciplina administrativa. É o que se extrai, por exemplo, do Habeas Corpus 50.863/PE[23], sob relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa. No precedente, noticia-se a apreensão de 70 bilhetes de metrô avaliados em torno de R$ 60,00, onde, segundo o Relator, se "*revelou a quebra do dever de fidelidade para com a Administração Pública, sendo, assim, incabível aplicar o princípio da insignificância, ante o desvalor da conduta que lesou o dever de probidade do funcionário público*".

De forma semelhante, o AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.450.696/SP[24] traz que, para o desvio temporário e não volitivo de produtos alimentícios avaliados na monta de R$250,00, vigora o enunciado da súmula 599, "*sobretudo quando perpetrados no âmbito da Administração Castrense, cujos valores institucionais e o próprio funcionamento estão alicerçados aos rigores da disciplina, da hierarquia, da ordem e da moralidade administrativa*".

Essas violações de deveres ou de regramentos pelos servidores públicos, porém, não merecem uma valoração penal, pois o Direito penal não é apto a impor deveres gerais de obediência ou normas de comportamento que se mostrarem adequadas no âmbito da Administração Pública.

É descabido sustentar a incriminação de uma conduta simplesmente em razão de que afetou os "*valores institucionais*" ou demonstrou que o servidor público se voltou contra a instituição na qual está inserido. Condutas que investem tão

[23] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 50.863/PE, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., j. 04/04/2006, DJe 26/06/2006.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.450.696/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 05/09/2019, DJe 17/09/2019.

somente contra esses “valores” pregados no funcionamento da Administração Pública não autorizam a intervenção penal (que deve ser mínima). Pelo menos três boas razões sustentam essa tese.

Primeiro porque outros ramos do Direito podem figurar no âmbito dessa tutela de forma (mais ou igualmente) eficaz, a exemplo do Direito Administrativo. Segundo, porque a proteção a esse tipo de conteúdo dá suporte a qualquer margem de criminalização por parte do intérprete. Por último, o bem jurídico (Administração Pública), que deve funcionar como limite ao processo de incriminação, é simplesmente ignorado para fins de tipicidade, na medida em que não se analisam os contornos materiais da conduta. Imagine-se, a título exemplificativo, um servidor público que, no contexto de trabalho, imprime uma folha com a fatura do seu cartão de crédito fazendo uso da impressora da repartição (gastando, pois, a tinta fornecida pelo Estado). Praticaria este servidor o crime de peculato-apropriação (CP, art. 312, *caput*, 1ª parte)? Situações como essas são corriqueiras, tanto no âmbito da administração pública quanto no campo da administração privada e auxiliam a enxergar o quanto é importante ter em conta lesão à administração como critério de referência de tipicidade material. Como a lesão é graduável, não há como ignorar o suposto dano (ou falta dele) provocado pela conduta para fins de tipicidade penal.

A moral, por outro lado, além de não ser bem jurídico-penal, não é passível de graduação. E é justamente neste último ponto que se opera uma fatal subversão deste bem jurídico, pois os votos que compõe os precedentes que dão sustentação à da Súmula 599 do STJ declaradamente buscam abrigo na proteção de outras coisas, a exemplo da “moral administrativa” e “fé pública”. Dois problemas fundamentais aqui.

Em **primeiro lugar**, ainda que a moralidade seja um dos princípios que regem a Administração Pública por força constitucional (Art. 37, CRFB/88), pouco se sabe pelo que se compreende “moral administrativa” em Direito Penal. Daí porque não pode refletir ela como justificativa de qualquer criminalização. E a razão para isso é bastante

simples: a função declarada e majoritariamente aceita em Direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos (QUEIROZ, 2020, p. 102) e, certamente, a moral não ocupa esse lugar (GRECO, 2010, p. 174).

Aliás, o fato de admitir que o bem jurídico é um limite à intervenção penal e não mero objeto de proteção ajuda a compreender o erro em punir "infrações" *exclusivamente* morais. O correto seria que tais condutas, se controladas, fossem tratadas por medidas administrativas, e não pela "*ultima ratio do sistema normativo*" (BITENCOURT, 2020, n. p.).

Em **segundo lugar**, no que se refere à "fé pública[25]", tem-se esse mesmo deslocamento, pois se trata de bem jurídico coletivo certamente tutelado em outros tipos penais. O tipo penal que prevê o peculato (previsto no Título XI do Código Penal), por exemplo, não existe para proteger a fé pública (voltada para os crimes do Título X do Código Penal), mas a Administração Pública.

Nota-se assim, que, diante desses dois bens consignados (e desapropriados) em precedentes do Superior Tribunal de Justiça inerente à Súmula 599 do STJ, qualquer conduta perde a sua visibilidade material[26]. Se pela moral administrativa há um interesse pertencente ao Direito Administrativo, não pode ela ser importada para o Direito penal para fins de criminalização de tipos que tem outros bens jurídicos como objeto de proteção. De igual modo, quanto à fé pública, reitera-se que ela não possui lugar nos crimes funcionais aqui tratados, bastando verificar, pela organização dos

[25] Anota-se que mesmo diante da mudança do bem jurídico inicialmente proposto pelo legislador penal, o Superior Tribunal de Justiça logrou êxito ao escolher outro bem para o qual há segmento jurisprudencial bastante consolidado sustentando essa mesma restrição quanto à aplicação do princípio da insignificância. A exemplo: "[...] 1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, sendo o bem jurídico tutelado a fé pública, não é possível mensurar o seu valor, razão pela qual, inaplicável o princípio bagatelar. 2. Agravo regimental improvido". Ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1.585.414/TO, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 19/05/2020, DJe 25/05/2020.

[26] De acordo com Nilo Batista (2007, p. 95), "essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro a legitima".

delitos no Código Penal, o seu direcionamento àqueles crimes que compreendem falsidades[27] e fraudes[28].

Aliás, é importante recordar que a atribuição de bens jurídicos é papel exclusivo do legislador penal quando da criminalização (primária) de comportamentos, e não no momento da aplicação da lei (secundária). Ou seja, se o bem jurídico fosse algo a ser diagnosticado (ou passível de alteração) pelo aplicador da lei, o Direito Penal perderia a sua razão de ser, pois o processo de criação dos tipos restaria flagrantemente desvinculado a qualquer objeto de proteção, possibilitando, nesses casos, tal como se verifica nos crimes contra a Administração Pública, a escolha de bens jurídicos *a la carte* pelos intérpretes da lei. Daí a relevância de se respeitar aquilo que o legislador penal determinou como objeto de proteção. Consequentemente, se verificado a ausência de lesão ou perigo de lesão relevante a este bem jurídico, impõe-se a exclusão da tipicidade penal da conduta.

Por tudo isso, entende-se que é perfeitamente possível reconhecer atípicas penalmente, a partir do Princípio da Insignificância, condutas formalmente típicas, praticadas contra a Administração Pública, mas que não lesam ou, então, que não afetam significativamente o bem jurídico penalmente tutelado.

Sendo assim, observa-se que essa patente desorientação em torno da tipicidade penal cria uma verdadeira "*jurisprudência de conceitos*" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 399) que acaba por autorizar a criminalização de absolutamente qualquer coisa. Por tais constatações, é possível diagnosticar que a orientação articulada pelo Superior Tribunal de Justiça a partir da Súmula 599, de que não se aplica, em absoluto, o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, revela a adoção de um Direito Penal *prima ratio* e diametralmente oposta aos postulados de um Direito Penal de matriz democrática.

[27] Conforme os Capítulos I, II, III, IV do Título X do Código Penal Brasileiro.

[28] Conforme o Capítulo V do Título X do Código Penal Brasileiro.

CONCLUSÃO

A pesquisa que aqui se finaliza procurou demonstrar, por meio do estudo das Súmulas 589 e 599 do Superior Tribunal de Justiça, que os argumentos de que se vale este Tribunal para impedir a análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas e contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima, que tem no Direito Penal o último recurso de intervenção do Estado.

Assim, a proposta foi responder o seguinte questionamento: as Súmulas editadas pelo STJ que negam a análise do conteúdo material do fato aos delitos correspondentes a violência contra a mulher no âmbito doméstico e aos crimes contra a administração pública violam o Princípio da Intervenção Mínima?

Para tanto, num primeiro momento, foi abordado o bem jurídico como um critério negativo no processo de criminalização, o qual limita o legislador penal à proteção de bens jurídicos (criminalização primária) e vincula o intérprete da lei à análise do conteúdo ofensivo da conduta para embasar a ocorrência de um fato típico (criminalização secundária).

Na sequência, foram expostos os postulados do Princípio da Intervenção Mínima, a saber: lesividade, fragmentariedade e a subsidiariedade, os quais estabelecem um filtro político-criminal da intervenção do Direito penal, na medida em que houver ofensa grave ao bem jurídico penalmente tutelado, após todos os outros meios de controle social falharem nesse objetivo.

Dando seguimento ao estudo, foram analisados os precedentes do STJ, sobretudo aqueles que deram origem às Súmulas 589 e 599 deste Tribunal, as quais impedem a análise do conteúdo material do fato para dois grupos específicos de infrações.

No primeiro caso, voltado à inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes praticados contra a mulher, constatou-se que a tipicidade penal dos comportamentos é determinada pelo contexto em que o crime foi praticado (situação de violência doméstica ou familiar), desprezando-se por completo a lesão (ou mesmo, perigo de lesão) ao bem jurídico declaradamente tutelado, mesmo se tratando de comportamentos em que é graduável esse conteúdo ofensivo.

Neste ponto, também foi possível verificar a incidência do Direito Penal Simbólico pelo STJ, na medida em que se sustenta um juízo absoluto de relevância penal desses comportamentos, o que pode estar atrelado à comoção social visando diminuir a prática de violência e discriminação contra a mulher no Brasil. No entanto, constatou-se que a medida se torna bastante arbitrária, vez que não há sentido empírico nem dogmático para embasar tais punições. Ou seja, nada impede que se aplique o princípio da insignificância a condutas insignificantes amparadas no enunciado da Súmula 589 do STJ.

Já, no segundo caso, referente à vedação da insignificância do fato nos crimes praticados contra a Administração Pública, se verificou a relevância penal de determinadas condutas a partir de critérios alinhados tão somente à pessoa do agente (servidor público), e não ao fato praticado por ele, consolidando um Direito Penal de Autor.

A partir disso, abre-se precedente para insegurança jurídica no STJ acerca da aplicação do princípio da insignificância, pois diante de situações similares (condutas praticadas em desfavor da Administração Pública), condiciona-se o reconhecimento da irrelevância da lesão ao bem jurídico se o réu é ou não funcionário público. E assim sendo, impera uma orientação absoluta pela inaplicabilidade, mesmo que a lesão ao bem jurídico seja flagrantemente irrelevante ou, até mesmo, inexistente.

Além disso, foi possível observar a subversão de bens jurídicos para a promoção de outros bens, alheios aquele declaradamente tutelado pela norma penal

que se reconhece violar, o que acaba subjugando o bem jurídico como limite à intervenção penal ao ser conduzido como um critério positivo no processo de incriminação, a partir, por exemplo, da prática de meras imoralidades contra a Administração Pública (interesse pertencente ao Direito administrativo) ou de afetação de supostos bens jurídicos que não foram selecionados pelo legislador penal, o que possibilita qualquer juízo de incriminação formulado pelos intérpretes da lei.

Concluída a pesquisa, tem-se uma resposta afirmativa ao questionamento proposto, vez que a direção e as justificativas para o reconhecimento do injusto a partir da incidência das Súmulas 589 e 599 do Superior Tribunal de Justiça consolidam uma latente desorientação jurisprudencial pela adoção de um Direito Penal *prima ratio*, impondo-se a intervenção penal em qualquer caso envolvendo delitos praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas e contra a Administração Pública.

A partir dessa orientação, comportamentos materialmente insignificantes ou impossíveis de gerar qualquer afetação ao bem jurídico ganham relevância penal num trágico universo de lógica burocrática. Porém, a teoria do delito deve ser interpretada sobre fundamentos normativos, referidos aos fins da pena e aos fins do Direito Penal, isto é, a partir da política criminal. Faz-se necessário, então, que esses critérios da intervenção mínima e de matriz político criminal sejam observados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). Traducido por Beatriz Lenzi. *In*: BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal** (Compilación *in memoriam*). Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). v. 1. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719247. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. v. 1. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Seqüência**, Florianópolis, n. 68, p. 59-89, jun. 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/violencia-contra-a-mulher-agressoes-cometidas-por-2018ex2019-aumentam-quase-3-vezes-em-8-anos-1. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 758.017/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 09/08/2016, DJe 22/08/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de instrumento nº 1.105.736/MG, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 07/12/2010, DJe 17/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.450.696/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 05/09/2019, DJe 17/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 342.908/DF, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., j. 18/06/2014, DJe 27/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 487.715/CE, rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª T., j. 18/08/2015, DJe 01/09/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 572.572/PR, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 08/03/2016, DJe 16/03/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 614.524/MG, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 14/04/2015, DJe 23/04/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 648.194/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 03/03/2016, DJe 14/03/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1.585.414/TO, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 19/05/2020, DJe 25/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 535.917/MS, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 14/06/2016, DJe 23/06/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Habeas Corpus nº 188.151/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 23/02/2016, DJe 07/03/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 318.849/MS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 27/10/2015, DJe 16/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.752.824/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 05/02/2019, DJe 22/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 192.242/MG, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 50.863/PE, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., j. 04/04/2006, DJe 26/06/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 274.487/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 05/04/2016, DJe 15/04/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 317.781/MS, rel. Min. Newton Trisotto, 5ª T., j. 06/08/2015, DJe 19/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 535.063/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. 10/06/2020, DJe 25/08/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 51.356/SC, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 03/02/2015, DJe 18/02/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.062.533/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 05/02/2009, DJe 09/03/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112.388/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 21/08/2012, DJe 13/09/2012.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral, v.1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018.

CHAVES JUNIOR, Airto. O esvaziamento dos critérios teórico-dogmáticos da Intervenção Mínima em matéria penal no Brasil: duas reflexões acerca do abandono do conteúdo material do crime pelos Tribunais Superiores. **Revista Católica Law Review**, v. III, n. 3, nov. 2019.

CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

DIAS, Jorge Figueiredo. O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *In*: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e Política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Juarez Tavares *et al*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Infração bagatelar imprópria. **Revista MPMG Jurídico**, ano II, n. 6, jul.-set., 2006.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, n. 82, jan-fev, 2010.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidade**: bases para uma teoria de la imputación em derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Colombia: Editorial Temis S. A., 1999.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 41-51, out./dez. 1994.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Montevideo: Editora B de F Ltda., 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal. In: OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales (Coord.). **El nuevo derecho penal español**. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Aranzadi Editorial, 2001.

PEREIRA, Maria Margarida Silva, **Bens Jurídicos Colectivos e Bens Jurídicos Políticos**, Portugal: Coimbra Editora, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99912965/v2. Acesso em: 17 jun. 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. v. 1. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. 1. reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e comunicação de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. Número especial de lançamento, 1992.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: DelRey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REVISTA DIREITO FAE

RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE TRABALHADORES E APLICATIVOS

ACKNOWLEDGEMENT OF EMPLOYMENT RELATIONSHIP BETWEEN WORKERS AND SOFTWARE APPLICATIONS

Jenner Pereira dos SANTOS JÚNIOR[1]
Weverton Freitas CASTRO[2]
Gabriela Nogueira Xavier MATIAS[3]

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é investigar a relação entre os trabalhadores e plataformas digitais. A relação intrínseca existente é fato gerador de possível vínculo empregatício e por isso serão analisados e comparados os seguintes requisitos geradores dessa relação: pessoa física, pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade. A inobservância do vínculo empregatício gera ônus ao elo mais fraco dessa relação jurídica e afronta a Constituição da República, uma vez que suprime direitos fundamentais e princípios norteadores da justiça do Trabalho.

PALAVRAS CHAVE: Direito do Trabalho. Precariedade. Relação de trabalho. Vínculo empregatício. Subordinação.

[1] Bacharelando em Direito. Contato: juniorsantos218218@gmail.com

[2] Bacharelando em Direito. Contato: emaildoweverton@gmail.com

[3] Mestre em Direito do Trabalho e graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Consultora e advogada trabalhista. Professora de Direito Material e Processual do Trabalho. Contato: gabriela.xavier@prof.una.br

ABSTRACT

The aim of this research is to investigate the relationship between workers and digital platforms. The intrinsic existing relationship is a triggering event for a possible employment relationship and, therefore, the following legal requirements that generate this relationship will be analyzed and compared: natural person, personality, subordination, onerosity and non-eventuality. The failure to comply with employment relationship creates a burden on the disadvantaged party in this legal relationship and affronts the Constitution since it suppresses fundamental rights and guiding principles of Labor Justice.

KEYWORDS: Labor Law. Lprecariousness. Working relationship. Employment relationship. Subordination.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o vínculo empregatício entre o indivíduo (trabalhador) e a plataformas digitais prestadoras de serviços diversos.

Tomemos como exemplo inicial, uma das pioneiras no seguimento, a empresa prestadora de serviço de transporte UBER do Brasil. Questionamos o fato de a UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA figurar no mesmo quadro societário da UBER INTERNATIONAL HOLDING B.V. e a UBER INTERNATIONAL B.V e tal vínculo empregatício ser reconhecido entre empregador e motorista em outros países como EUA, Reino Unido e no Brasil não acontecer o mesmo, sendo que aqui, podemos apontar fatores que comprovem o cumprimento dos requisitos que configuram a relação de trabalho, que seja: ser pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. Outro fator importantíssimo a ser destacado é a questão dos obreiros que prestam serviços a aplicativos conduzindo suas motocicletas, estes não percebem o valor estipulado na CLT em seu artigo 193,

§ 1º e § 4º para a categoria no que tange a periculosidade, além de terem metas impostas por alguns *app's,* que oferecem serviços de alimentação, metas que vão desde um número de entregas diárias e tempo para cada entrega, chegando a ser penalizados no pagamento do pedido caso não o cumpram.

O não reconhecimento do vínculo entre obreiro e empregador geram nítidos efeitos lesivos a parte vulnerável da relação que aqui será tratada, esta, se dá tanto pela inobservância das normas Constitucionais, da Organização Internacional do Trabalho, que abordam esta matéria, quanto pela também inobservância de normas infraconstitucionais.

Ainda que existam no ordenamento jurídico pátrio dispositivos que alterem e/ou reduzam direitos, buscaremos a compreensão do direito adquirido e dos princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito brasileiro, como o Princípio da Valorização do Trabalho, Princípio da Dignidade Humana e o Princípio da Justiça Social, como também os princípios norteadores da Justiça do Trabalho, como o Princípio da Proteção que se manifesta em dimensões distintas, como o princípio da norma mais favorável, da condição mais benéfica (inalterabilidade contratual lesiva) e do in dubio pro operário.

Ressalta-se a razão de ser do Direito do Trabalho, que visa o reequilíbrio por parte do Estado da desigualdade entre hiperssuficientes e hipossuficientes, reequilíbrio inobservado na matéria do presente artigo. Observaremos as "táticas" usadas pelas empresas para mascarar a relação de emprego, como o uso do termo "parceiro" para descaracterizar o trabalhador como seu funcionário, colocando-o em um status de sócio da empresa, invertendo assim a ótica da relação, como bem assim ressalta Ana Carolina Pães Leme (2019) em sua Obra intitulada Da máquina a nuvem dizendo: "*Os trabalhadores são convidados a se transformar em pequenos empresários e administradores do risco e da incerteza, ao passo que as empresas extraem valor exatamente de uma captação de externalidades*" .

Límpido e evidente também que o trabalhador se subordina a tomadora de serviço, uma vez que o ele é monitorado a todo segundo que está trabalhando, o Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior (2017), do Egrégio Tribunal Regional da 3º Região, em seu artigo "Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica" deixa claro quando reconhece a subordinação entre a plataforma digital e o trabalhador, reconhecendo que, uma vez o obreiro ingressando na empresa através de um contrato de trabalho autônomo que neste adere às atividades da empresa ou de um das demais unidades da rede empresarial, a disposição do trabalho subsiste pelo tomador, uma vez que a impessoalidade da disposição do trabalho, não afasta a circunstância de ter sido contratado para desenvolver atividade e não resultado.

Ainda acerca da temática da subordinação, Maurício Godinho Delgado (2006), em sua Obra intitulada Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho, deixa claro que a subordinação se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

Mostraremos também as divergências jurisprudenciais acerca do tema, abordando o entendimento majoritário e minoritário em relação ao reconhecimento de vínculo trabalhista entre trabalhador e plataforma digital. Neste sentido, podemos destacar decisões do TRT7 (CE), em que entendem pelo cumprimento de todos os elementos fáticos jurídicos de relação de emprego, previstos no Artigo 2° e 3° da CLT e em contraposta, há decisões proferidas pelos TRT2 (SP), TJ MG e TJ DF de descaracterização do vínculo empregatício por ausência dos requisitos legais e incompetência material da justiça do trabalho para atender a presente demanda. Destacaremos também a decisão do TST, em que determinou a incompetência da Justiça do Trabalho para julgar as relações entre o trabalhador e aplicativo, alegando

que a relação entre as partes, é meramente comercial, afastando o vínculo empregatício e determinando a competência do Tribunal Cível para julgar às ações.

Como um pouco exposto aqui, mostraremos que nesta situação, o homem acaba sendo reduzido à condição de máquina e, o trabalho, à de mercadoria.

2 RELAÇÃO DE TRABALHO

2.1- Serviço autônomo

Para abordarmos o presente tópico, primeiro definimos o conceito de serviço na modalidade autônoma. De acordo com o Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva designa autônomo como: *"Palavra que serve de qualificativo a tudo o que possui autonomia ou independência, isto é, de tudo quanto possa funcionar ou manter-se independentemente de outro fato ou ato".* Portanto, autônomo é todo aquele trabalhador que exerce sua atividade profissional sem vínculo empregatício, com um tomador, esse se dá por conta própria, laborando de forma eventual e não habitual.

Para Correia (2018), o trabalhador autônomo é o prestador de serviços que atua como patrão de si mesmo, sendo uma pessoa física que labora por conta própria, assumindo os riscos de empreendimento. Em geral, este trabalhador é o dono das suas atividades e demais equipamentos indispensáveis para realização de seu serviço, possui ampla liberdade para escolher o horário de trabalho e fixar o preço de seus serviços. Neste sentido, vale destacar que a Uber é quem fixa os valores das corridas, o veículo a ser utilizado para prestação de serviço e aplica penalidades aos seus motoristas quando há alguma irregularidade.

A Reforma trabalhista inseriu o artigo 442-B da CLT, para tratar do contrato de trabalho autônomo, vejamos:

Art. 442-B, CLT (acrescentado pela Lei n° 13.467/2017). A contratação .do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3° desta Consolidação.

Neste sentido, Correia (2018) destaca que o trabalho autônomo pode ser pactuado com cláusula de exclusividade e continuidade. Contudo, não há como visualizar, na prática, a aplicação do dispositivo, sendo afastada a aplicação do presente artigo quando cumprido todos os requisitos legais dos artigos 2° e 3° da CLT, por execução do princípio da primazia da realidade.

A questão chave na modalidade autônoma de trabalho, por óbvio, é a ausência de subordinação do sujeito ao realizar seu trabalho.

A palavra Subordinação deriva do termo *subordinare (sub - baixo; ordinare – ordenar)*, isto quer dizer imposição da ordem, submissão, dependência, subalternidade hierárquica, CASSAR (2018).

O que observamos acontecer é a chamada Subordinação estrutural-reticular, como trata o Tribunal Regional do Trabalho acerca do tema, o trabalhador é inserido nas atividades empresariais da tomadora de serviços, uma vez feito isso, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Neste cenário, o trabalhador se torna um colaborador da empresa, como se todos ali fossem um único time, esforçando-se para o aumento da produtividade do grupo. Embora esta atitude não seja ilícita, está ali presente os elementos fáticos de uma relação empregatícia.

No exemplo supracitado da Uber, ela seleciona os motoristas, estabelece as regras (inclusive quanto aos veículos que deverão ser utilizados na prestação de serviços aos seus clientes), recebe reclamações de usuários e decide sobre elas, altera o valor da corrida de forma unilateral (o que impacta diretamente na remuneração do motorista). Enfim, domina todo o sistema. O motorista, por sua vez,

não tem autonomia nenhuma para a execução do seu trabalho.

Como citado anteriormente pelo Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior, trata-se basicamente de uma relação típica e tradicional de trabalho com vínculo empregatício, disfarçada por um contrato de trabalho autônomo, onde o trabalhador tem que aderir às normas estruturais das atividades da empresa.

A Jurista e desembargadora aposentada do TRT da 2ª Região, Vólia Bonfim Cassar nos ensina que:

> (...) toda vez que o empregado executar serviços essenciais à atividade-fim da empresa, isto é, que se inserem na sua atividade econômica, ele terá uma subordinação estrutural ou integrativa, já que integra o processo produtivo e a dinâmica estrutural de funcionamento da empresa ou do tomador de serviços.

Como podemos observar, a subordinação é traço essencial para distinguir a prestação de serviços autônomos do contrato de emprego. Se há ingerência na execução dos serviços prestados e imposição de metas, há vínculo empregatício.

Para Vólia Bomfim Cassar (2018), o empregador é dotado do poder de direção por escolher, comandar e controlar os fatores de produção da empresa. Sendo dividido o poder de direção em poder diretivo, poder disciplinar e em poder hierárquico ou de organização. O poder diretivo, se constitui na capacidade de o empregador de dirigir a empresa, escolher seus rumos e estratégias, dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando aos objetivos da empresa. O poder disciplinar traduz-se no poder do patrão de impor punições aos empregados. Já o poder hierárquico ou de organização, trata-se da capacidade do empregador de determinar e organizar a estrutura econômica e técnica da empresa, compreende-se então, a hierarquia dos cargos e funções. Desta forma, podemos destacar a caracterização da subordinação estabelecida entre a Uber e os seus motoristas, uma vez que a empresa

aplica penalidades aos seus condutores, concede premiações e escolhe os valores das corridas.

2.2 - Relação de emprego.

Antes de adentrarmos no conteúdo do tópico, faremos uma breve distinção entre a relação de trabalho e relação de emprego a luz da Doutrina trazida por Mauricio Godinho Delgado (2017) p.309-311, no qual entende que a primeira expressão possui caráter genérico e refere-se à modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. Neste sentido, a relação de trabalho engloba a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e de outras modalidades de pactos de prestação de serviço. Desta forma, pode-se caracterizar a relação de trabalho como o '*gênero'* a que se acomodam todas as formas de contratações para prestações de labor existentes no atual mundo jurídico.

Embora possua um sentido amplo, a palavra trabalho refere-se ao: Dispêndio de energia pelo ser humano, objetivando resultado útil. Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. Desta forma, sendo o conjunto de atividades produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim.

Quanto à relação de emprego do ponto de vista técnico-jurídico, esta limita-se a uma das modalidades específicas da relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades da relação de trabalho em vigor. Deste modo, podemos afirmar que a relação de emprego é uma espécie do gênero de relação de trabalho.

Nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho, a relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de

fatores, ou elementos, reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desta forma, o fenômeno sociojurídico da relação de emprego, resulta-se da conjugação de certos inarredáveis elementos fático-jurídicos, sem os quais não se configura a mencionada relação.

Mauricio Godinho Delgado (2017) entende que os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

A Consolidação das Leis do Trabalho aponta esses requisitos em dois preceitos combinados. O primeiro, no caput do artigo 3°, vejamos:

> **Art. 3º** - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
>
> O segundo está previsto no artigo 2° da CLT, vejamos:
>
> **Art. 2º** - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Basicamente, os elementos jurídicos para caracterização do vínculo empregatício são: Trabalho não eventual, prestado *"intuitu personae"* (Pessoalidade) por pessoa física, em situação de subordinação e onerosidade.

Conceituaremos cada um dos requisitos supracitados em analogia ao reconhecimento de vínculo trabalhista entre os trabalhadores e os aplicativos.

Quanto ao trabalho por pessoa física, para caracterização do vínculo empregatício, o prestador de serviço há de ser sempre pessoa física. Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado (2017), entende que:

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.

Neste sentido, podemos identificar que se cumpre o requisito supracitado no contrato estabelecido entre os aplicativos e os motoristas e entregadores, uma vez que, os prestadores de serviço nesse caso são pessoas físicas.

O requisito de Pessoalidade embora parecido, não se confunde com o da Pessoa Jurídica. Neste, a pessoa natural possui a característica em regra de infungibilidade no que tange ao trabalhador. Sendo assim, a relação jurídica pactuada deve ser *intuitu personae*, em respeito ao prestador do labor, que não poderá ser substituído por outro.

Quanto a este requisito Maurício Godinho Delgado (2017) entende que: "(...) é essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada — ou efetivamente cumprida — deve ser, desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. Verificando-se a prática de substituição intermitente — circunstância que torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador enfocado —, descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico".

Insta salientar que os aplicativos possuem cláusulas expressamente proibitivas quanto à substituição do trabalhador por outro não cadastrado. A título de exemplo, trazemos o regulamento dos Aplicativos, que conforme as "políticas de desativação", determinam a aplicação de sanções, no caso de exclusão do motorista ou entregador do aplicativo, se caso deixarem outro não cadastrado realizar a prestação de serviço. Desta forma, é inegável o cumprimento do requisito de pessoalidade existente entre os trabalhadores e os aplicativos de entrega e transporte.

Vejamos o termo da política da Uber, que levam à desativação do trabalhador em relação a plataforma: *"O que leva à desativação? Desativaremos para atividades como: Fornecer ao Uber informações imprecisas; permitir que outra pessoa use sua conta; e fazer uma viagem usando um veículo não aprovado".*

Outro requisito a ser abordado é o da não eventualidade. Este requisito é caracterizado pela prestação de serviço por permanência (mesmo que por um curto prazo ou período), não se aplicando ao trabalho esporádico.

Maurício Godinho Delgado (2017), entente sobre o requisito da não eventualidade que: "Nesse sentido, para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico. A continuidade da prestação (antítese à eventualidade) é, inclusive, expressão acolhida, há mais de 40 anos, pela legislação regente do trabalho doméstico, seja a antiga Lei n. 5.859/1972 (que se refere àquele "que presta serviços de natureza contínua" — art. 1º, caput), seja a nova Lei Complementar n. 150/2015 (que se reporta àquele "que presta serviços de forma contínua" caput do art. 1º).

No presente caso, podemos destacar que os aplicativos aplicam sanções aos trabalhadores por recusarem alguma corrida ou entrega, acarretando malefícios à sua "taxa de aceitação" o que resulta na aplicação da política de desativação.

Outro ponto a ser destacado é que os aplicativos colocam os trabalhadores em contato diretamente com os consumidores do serviço, sendo seus que os proprietários auferem lucros a cada serviço prestado pelo motorista ou entregador. Desta forma, é evidente que o serviço prestado pelos trabalhadores atende às necessidades normais dos aplicativos, não afastando deste modo, a caracterização do requisito da não eventualidade.

Quanto ao requisito da onerosidade, podemos destacar que a relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Por meio desta relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, iniciando-se ao largo universo de bens econômicos característicos do atual mercado. Deste modo, podemos afirmar que o contrato de trabalho é bilateral, sinalagmático e oneroso por envolver um conjunto diferenciado de prestação e contraprestação economicamente mensuráveis.

Os aplicativos estão cobrando uma taxa média de 20 a 30% de cada serviço prestado pelos motoristas e entregadores, valor este que é repassado do consumidor diretamente para o aplicativo e futuramente, repassado pelo aplicativo para os seus trabalhadores.

Destarte, é evidente o cumprimento do requisito de onerosidade, uma vez que os aplicativos estão auferindo lucros e repassando os valores para os trabalhadores a título de contraprestação pelo serviço realizado.

Por fim, o requisito da subordinação. O conceito de subordinação deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar) MICHAELIS 2020, traduzindo a noção etimológica de estado depende da obediência em relação a uma hierarquia. Em outras palavras, é a sujeição, ou submetimento ao poder dos outros.

Um ponto interessante a ser destacado, é o entendimento de Mauricio Godinho Delgado, vejamos:

> O marco distintivo firmado pela subordinação, no contexto das inúmeras fórmulas jurídicas existentes para a contratação da prestação de trabalho, permite ao operador jurídico cotejar e discriminar, com êxito, inúmeras situações fático-jurídicas próximas. O cotejo de hipóteses excludentes (trabalho subordinado versus trabalho autônomo) abrange inúmeras situações recorrentes na prática material e judicial trabalhista: trabalhadores autônomos prestando serviços habituais a empresas (como profissionais de consultoria, auditoria, contabilidade, advocacia, etc.); trabalhadores autônomos pactuando a confecção de obra certa para determinado tomador (empreitada); representantes comerciais ou agentes e distribuidores regidos por legislação própria; contratos de parcerias rurais, etc. Em todos esses casos, a desconstituição do contrato civil formalmente existente entre as partes supõe a evidência da subordinação jurídica, em detrimento do caráter autônomo aparente de que estaria se revestindo o vínculo. (2017. p. 324).

Outro ponto a ser destacado é que para caracterizar a subordinação, não se faz necessário o contato pessoal entre as partes, podendo ser também por meios pessoais e diretos ou meios telemáticos e informatizados.

Insta salientar que os aplicativos possuem políticas de desativação que aplicam penalidades como a exclusão do trabalhador no aplicativo, por qualquer irregularidade, seja por serviço mal prestado, baixa taxa de aceitação, condições dos veículos ou qualquer desvio de conduta previsto no regulamento. Não tão somente, os aplicativos fixam as condições em que o serviço deverá ser prestado, além de controlar a sua execução, estabelecem o valor das tarifas e detém o poder de rejeitar o trabalhador que não atinge determinados critérios, oferecem prêmios quando alcançadas condições previamente estipuladas e determinam qual o veículo a ser utilizado para prestação de serviço.

Ademais, cumpre destacar que os trabalhadores são monitorados durante todo o seu período laborado, enquanto estiver online no aplicativo, por meio de

sistema informatizado, o qual controla sua trajetória, velocidade, tempo gasto, distância percorrida e até mesmo se houve alguma frenagem brusca durante o trajeto.

Talvez sendo o requisito mais discutido para caracterização de vínculo trabalhista entre os aplicativos e os trabalhadores, a subordinação evidentemente está presente na relação empregatícia pactuada em contrato entre os trabalhadores e a empresa proprietária dos aplicativos.

Deste modo, é notório o cumprimento de todos os requisitos para caracterização do vínculo trabalhista entre os trabalhadores e os aplicativos.

3 EMPREGADOR

3.1– Flexibilização e precarização da legislação trabalhista

A Flexibilização trabalhista é oriunda de uma profunda crise econômica da qual padece a sociedade trabalhadora brasileira, com a crise instaurada, ocorre à diminuição da produtividade, devido à insegurança do consumidor, refletindo diretamente na necessidade de mão de obra pelo empregador. Para continuar atendendo as exigências de consumo e reduzir custos de produção, viu-se necessário, pelos olhos da classe empregadora, uma reestruturação do direito do trabalho, como uma forma de modernizar a legislação para que esta se enquadre no cenário atual.

> Aduzem estes que a evolução natural do Direito do Trabalho implica necessariamente na flexibilização de suas normas, concedendo uma maior liberdade negocial às partes envolvidas e, consequentemente, diminuindo os custos e os altos encargos das empresas, o que, por conseguinte, aumentaria os índices de emprego e incrementaria a economia (DUARTE; NASHIGIL, 2015, p. 121).

Diante dessa situação, percebeu-se no cenário nacional, uma alteração da estruturação trabalhista, visando não mais proteger o hipossuficiente da relação de emprego, e sim, vislumbrou uma proteção da “função social da empresa”, ou seja, em tempos de crise, a alteração da legislação focou não no impacto que isso geraria para a grande massa trabalhadora, e sim, na pequena porção social, detentora dos meios de produção, com o objetivo de impulsionar a economia, tal subtração de direitos é vendida através de meios de comunicação como a nova política pública de desenvolvimento econômico.

Com essas mudanças, percebemos novas modalidades de contrato de trabalho, como os intermitentes, essas modalidades tem o intuito de gerar mais postos de trabalho mediante a crise e instabilidade econômica, entretanto, estes contratos acabam por suprimir direitos basilares consolidados pela Magna Carta e as Leis Trabalhistas, desencorajando os obreiros acostumados com uma modalidade de trabalho outrora, vista atualmente como arcaica pelos legisladores.

Novas modalidades de trabalho, novos postos de trabalho, geram um novo perfil de trabalhador, o autônomo, como supracitado, entretanto, podemos observar que nada tem de moderno nessa mudança trazida pelo legislador, pois percebemos que se trata de uma cortina de fumaça afim de precarizar os direitos arduamente conquistados ao longo de décadas de lutas, com finalidade apenas de baratear mão de obra afim de o empregador auferir lucros cada vez mais abundantes.

> Essa modalidade de contrato rompe com umas das teorias de jornada de trabalho, qual seja a de tempo à disposição do empregador, não permitindo um planejamento financeiro ao empregado, além de retirar a oportunidade de um segundo emprego, estabelecendo a redutibilidade salarial, sem falar na violação ao bem-estar, que, em última análise, leva ao dano existencial, ao empobrecimento e ao adoecimento (MEDEIROS, 2017, p. 22).

A ideia de ser seu próprio chefe ou não ter que se subordinar a ninguém, passa longe da realidade, períodos de trabalho diários extenuantes, baixa remuneração, nenhuma garantia se amanhã estará empregado, ou, a insegurança trazida caso o trabalhador se veja acamado por alguma enfermidade, nos remete em sua mais pura forma, aos moldes de trabalho do período da Revolução Industrial, onde o ser humano era visto nada mais do que uma peça de um sistema produtivo, que ao sinal de algum mínimo problema, poderia ser substituída por quaisquer outras que sejam, de um estoque infinito que lhe batem à porta.

Evidente após elucidado, que a flexibilização trabalhista anda de mãos dadas com a precarização das leis trabalhistas uma vez que, por consequência, não impulsionam a economia como bondosamente ela nos é vendida, e sim, expõe o trabalhador já hipossuficiente, a uma condição ainda mais vulnerável, não tendo mais o Estado para protegê-lo.

3.2 - Estímulo ao empreendedorismo

Visto o exposto no tópico anterior, nos deparamos com uma situação onde o medo do desemprego, a precarização do trabalho, falta de vagas de emprego, aguçam o sentimento de empreender, os aplicativos utilizam desta artimanha, para maximizar a conquista de novos empregados a custos reduzidos disfarçados como “parceiros” passando a falaciosa sensação de que o trabalhador é “dono de seu próprio nariz”, e acabam por se deixarem levar, adquirem veículos, motocicletas, na ilusão de que trabalhar sem a mínima garantia seria extremamente vantajoso, por diante, ocorrendo algum imprevisto, não conseguem arcar com os altos custos de financiamentos ou de manutenção dos mesmos, o trabalhador está a sua própria sorte, porém, agora endividado.

Esta situação corriqueiramente preocupante não se mostra presente apenas

no âmbito dos trabalhadores de aplicativos, mas na sociedade como um todo. Estímulos por parte do próprio Estado, que reduz as taxas tributárias para as micro e pequenas empresas acabam por incentivar aqueles que ambicionam ser seu próprio patrão. Muitas das vezes um trabalhador que deixa o formato tradicional de trabalho, procura abrir seu próprio negócio, sacrificando as economias de uma vida inteira, pois mesmo com boas intenções e gerando postos de trabalho, muitos não estão preparados para reger um negócio, pois não detém a expertise necessária, não calculam os riscos e acabam por macular os direitos trabalhistas daqueles que contratou, não garantindo aos seus funcionários o que é previsto em lei ou, havendo uma rescisão contratual, não lhes garantem os valores rescisórios legais.

Estudos mostram que a vida dessas empresas tem duração curtíssima, quando esses novos patrões se veem em condições financeiras desesperadoras, acabam por inadimplir com suas obrigações, como supracitado.

Neste sentido, Maria Cecília Máximo Teodoro denomina este sentimento de ser dono do próprio trabalho como “Síndrome do Patrão” em analogia ao Síndrome do Estocolmo, vejamos:

> (...)Esta ideologia e, consequentemente, a postura e o sentimento que geram no trabalhador, ao desenvolverem neste a Síndrome de Patrão, faz com que ele aja como se “estivesse” empregado, mas não como se “fosse” empregado, ou desejando que assim não permaneça por muito tempo, extinguindo em seu íntimo o sentimento de pertença à sua categoria, retirando-o da busca por melhoria de direitos, aumentando o estranhamento no trabalho e, finalmente, fulminando a luta pelo reconhecimento de sua classe. A Síndrome de Patrão pode também levar o empregado a rescindir o contrato de trabalho por considerar mais "vantajoso" patrimonialmente constituir sua própria empresa, passando assim a ser o “patrão” tanto de si mesmo como de outros - seus futuros empregados. (2017).

O medo do desemprego é um dos maiores motivos que estimulam as pessoas a abrir um novo negócio, incitando o surgimento de postos informais de trabalho, de trabalhadores autônomos e do empreendedorismo. Este mesmo medo, conduzem as pessoas à resiliência, pela qual os trabalhadores aceitam se "pejotizar", a fim de manterem a sua fonte de renda.

Neste contexto, a Síndrome de Patrão apresenta-se fortalecida, pois é um desejo do próprio trabalhador em querer demonstrar uma condição de empresário ou pessoa jurídica, haja vista o aspecto da *capitis diminutio*, que culturalmente aplica-se ao termo empregado. Deste modo, podemos atribuir o desejo obsessivo do trabalhador de aplicativo em ser dono do próprio trabalho como uma Síndrome de Patrão, uma vez que o trabalhador aceita se submeter a uma vida precária, de risco financeiro, apenas para alimentar o seu de sentimento empreendedor, sem levar em consideração todas as responsabilidades e consequências que terá de arcar, a partir de então.

4 RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE TRABALHADOR E APLICATIVO

Resta claro que sob a ótica jus trabalhista, indubitavelmente há uma relação de emprego ente os obreiros e as plataformas digitais, pois os requisitos do vínculo laboral estão claramente presentes na relação jurídica, ficando muito bem definido empregado/ empregador, sob a luz da própria Consolidação das Leis do Trabalho, expresso em seus artigos 2º, caput, e 3°, caput:

> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

> Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Podemos observar que os aplicativos utilizam de duas novas e modernas modalidades de serviço que Adrián Todolí Signes a seguir as descreve, onde as plataformas estão se 'encaixando", uma delas é a *on-demande"* que como o nome mesmo retrata, uma modalidade sob encomenda, onde as prestadoras de serviço ficam à espera de uma solicitação de serviço por parte de um consumidor, e daí, contatam o trabalhador para que este possa prestar o serviço solicitado. (TODOLÍ, 2017. p. 28-43) Outra é a *Crowdword*, onde uma determinada prestadora de serviços descentraliza indefinidamente o trabalho que anteriormente era feito por uma pessoa e o "redistribui" a diversas outras pessoas as convocando para o trabalho, nessa modalidade, estão presentes três elementos que são: empresas ou indivíduos que solicitam a prestação de um determinado serviço, os trabalhadores que são convocados a prestarem o serviço, e as plataformas virtuais que unem oferta e demanda, e que recebem uma porcentagem por serviço realizado.

O que podemos ver nas empresas que prestam serviços por aplicativo em nosso país é que geralmente se trata de um serviço específico, motoristas somente trabalham como motoristas, entregadores somente realizam entregas, quando solicitamos uma corrida ou realizamos alguma compra através destes *apps* temos ali informações pessoais dos trabalhadores que realizam o serviço, como suas fotos, nomes, modelo e placa de veículos etc., isso vem sido tomado como um sistema para padronizar a qualidade do serviço prestado e trazer segurança para o cliente, o que acaba acarretando uma cobrança muito maior por parte da plataforma sobre o trabalhador, gerando assim a subordinação.

Resta claro que o vínculo entre plataforma e trabalhador deve ser reconhecido, por tudo aqui já exposto, algumas empresas tendem a se esquivar das

obrigações trabalhistas devido ao fato de alegarem serem meras intermediadoras entre comerciantes e clientes, porém, como já límpido, lidamos no Brasil com empresas que prestam serviços bem específicos de transporte e entrega, tendo como estes a sua atividade fim, vejamos a *Rappi*, em seus próprios anúncios ela diz "Na *Rappi* entregamos rápido e bem feito", e para tais prestações de serviços são indispensáveis o trabalho humano de pessoas específicas, previamente selecionadas, diariamente fiscalizadas, e periodicamente remuneradas para serem realizados.

Neste sentido, trazemos algumas decisões judiciais proferidas pela Segunda Turma do Tribunal do Trabalho da Paraíba(13° região) e pelo TRT da 19ª Região/AL, em que os Tribunais Superiores acolheram os pedidos dos autores pare reconhecimento do vínculo empregatício:

> AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. RECURSO DO AUTOR. MOTORISTA DE APLICATIVO. UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. EMPRESAS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE ART. 9º, 442 DA CLT E RECOMENDAÇÃO 198 DA OIT. VÍNCULO DE EMPREGO. PRESENÇA DOS ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS CONTIDOS NOS ART. 2º, 3º e 6º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. SUBORDINAÇÃO E CONTROLE POR PROGRAMAÇÃO ALGORÍTMICA. CONFIGURAÇÃO. A tão falada modernidade das relações através das plataformas digitais, defendida por muitos como um sistema colaborativo formado por "empreendedores de si mesmo", tem ocasionado, em verdade, um retrocesso social e precarização das relações de trabalho. Nada obstante o caráter inovador da tecnologia, o trabalho on demand através de aplicativo tem se apresentado como um "museu de grandes novidades": negativa de vínculo de emprego, informalidade, jornadas exaustivas, baixa remuneração e supressão de direitos trabalhistas como férias e décimo terceiro salário. Comprovando-se nos autos que o autor, pessoa física e motorista da UBER, plataforma de trabalho sob demanda que utiliza a tecnologia da informação para prestação de serviços de transporte, laborava em favor desta com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade

e subordinação, seguindo diretrizes de controle algorítmico e padrão de funcionamento do serviço, impõe-se o reconhecimento do vínculo de emprego pleiteado com o pagamento das verbas trabalhistas e rescisórias a ele inerentes. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE TELEMÁTICO. COMPROVAÇÃO. ADICIONAIS DEVIDOS. Embora se reconheça que o motorista de UBER tem certa autonomia para se pautar no seu cotidiano e distribuição do trabalho, a empresa, por outro lado, tem total possibilidade de exercer controle telemático sobre sua jornada, já que a atividade é exercida mediante uso de plataforma digital, com equipamento em conexão online, o que, por óbvio, permite o monitoramento remoto do trabalho, e, por conseguinte, afasta a hipótese contida no art. 62, I, da CLT. Assim, comprovado o labor em horas extras, devidos são os adicionais, na forma da Súmula 340 do TST. Recurso a que se dá parcial provimento. RECURSO PATRONAL. DESLIGAMENTO DO AUTOR DA PLATAFORMA DE SERVIÇOS SEM AVISO PRÉVIO. AUSÊNCIA DE DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL INEXISTENTE. Embora reprovável pela falta do aviso prévio, a conduta da reclamada de desligar o autor de sua plataforma de serviços de forma imotivada, não tem o condão de gerar danos morais passíveis de reparação. A situação se assemelha aquela vivenciada pelo empregado típico dispensado sem justa causa por seu empregador sem aviso prévio e sem o percebimento das verbas rescisórias. Nessa hipótese, a jurisprudência, inclusive do C. TST, é vasta no sentido de que não há responsabilidade civil na espécie. Entende-se que a dispensa imotivada sem o cumprimento do quanto previsto na legislação enseja consequências próprias, cuja reparação se dá no âmbito material, não implicando, por si só, em violação aos direitos da personalidade e nem no reconhecimento *in re ipsa* do abalo. Recurso provido no aspecto. (TRT-13 - RO: 00006996420195130025 0000699-64.2019.5.13.0025, 2ª Turma, Data de Publicação: 25/09/2020)

RECURSO ORDINÁRIO DA LITISCONSORTE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIARIA. APLICATIVO DE ENTREGA DE REFEIÇÕES. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A RECLAMADA

PRINCIPAL. Extrai-se da prova testemunhal, que existem duas formas de o entregador se cadastrar para receber os pedidos do Ifood, uma fazendo o cadastro como "nuvem", diretamente no aplicativo, e outra como "OL", operador logístico, por intermédio de empresa liberada para contratar entregadores, como é o caso da reclamada principal. Nestes casos, o pagamento é repassado à empresa contratada, que, por sua vez, estabelece a forma de pagamento com os seus colaboradores. Reconhecido pelo juízo de primeiro grau todos os elementos caracterizadores do vínculo empregatício, inclusive, em relação à subordinação, a possibilidade de aplicação de punições aos entregadores que se cadastrassem em outra plataforma ou que descumprissem determinação de cumprimento de jornada, sendo que os bloqueios dos entregadores eram realizados pela desenvolvedora do aplicativo, Ifood. A empregadora do reclamante é uma empresa de logística exclusivamente dedicada a efetuar as entregas de refeições, lanches e bebidas vendidas com a utilização da plataforma de propriedade da recorrente, sendo óbvio o benefício da atividade da primeira reclamada para o desenvolvimento de seu negócio. Mantida a responsabilidade subsidiária. Recurso não provido no particular. RECURSO ORDINÁRIO OBREIRO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. INDEVIDOS. Merece reforma a sentença para excluir a condenação do reclamante no pagamento de honorários sucumbenciais, em face da declaração da inconstitucionalidade do artigo 791-A, § 4º, da CLT por esta Corte Regional, uma vez que o dispositivo celetista que permite o pagamento dos honorários advocatícios pelo beneficiário da Justiça Gratuita viola claramente a garantia constitucional do acesso à Justiça instituída pelo art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Recurso provido no particular.
(TRT-19 RO: 00008304320195190002 0000830-43.2019.5.19.0002, Relator: Laerte Neves De Souza, Data de Publicação: 22/10/2020).

Observamos no primeiro julgado que o Colegiado Julgador acatou parcialmente os pedidos do Reclamante, reconhecendo a existência de vínculo

trabalhista entre o motorista e a plataforma digital de transportes Uber, por configurar todos os elementos fáticos jurídicos da relação empregatícia. Como bem exposto pelo desembargador-relator "A tão falada modernidade das relações através das plataformas digitais, defendida por muitos como um sistema colaborativo formado por 'empreendedores de si mesmo', tem ocasionado, em verdade, um retrocesso social e precarização das relações de trabalho".

Não diferente desta linha de raciocínio, o Colegiado Julgador do segundo julgado, acatou os pedidos do reclamante, reconhecendo a existência de vínculo empregatício entre o motociclista e a plataforma digital de entregas *Ifood*, por caracterizar todos elementos fáticos jurídicos previstos nos artigos 2° e 3° da CLT, destacando ainda o cumprimento do requisito de subordinação pelo fato da aplicação de sanções aos trabalhadores por descumprimento de cláusula do contrato.

Sendo assim, fica evidente que alguns tribunais já reconhecem a existência de vínculo trabalhista entre os trabalhadores e aplicativos. Contudo, vale ressaltar que até o momento ainda não possuímos entendimentos pacificados nos Tribunais Superiores, sendo ainda uma matéria de grandes discussões.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por ser dono do seu próprio serviço ludibria os trabalhadores de aplicativos no Brasil, fazendo com que estes se submetam a um trabalho precário sem quaisquer respaldos pelo Estado. O medo do desemprego é um dos maiores pilares que estimulam as pessoas aos trabalhos informais, trabalhos autônomos e empreendedorismo, sem que se faça qualquer análise dos riscos assumidos. Este medo, faz com que os trabalhadores aceitem, até mesmo, se pejotizar para fins de manter uma fonte de renda.

O reconhecimento do vínculo empregatício entre os trabalhadores de aplicativos e plataformas digitais até o presente momento não possui entendimento pacificado nos tribunais trabalhistas brasileiros, sendo ainda uma matéria de grandes discussões. Todavia, deve-se observar o cumprimento de todos os requisitos fáticos jurídicos para caracterização da relação empregatícia entre eles.

Como destacado, não se trata de uma contraposição ao empreendedorismo real, mas sim à prática de algumas plataformas digitais de se valerem da boa-fé do trabalhador, sua posição hipossuficiente quanto a relação trabalhista, bem como da atual situação econômica do país.

Desta feita, ainda que no nosso ordenamento jurídico existam dispositivos que reduzam ou alterem direitos devemos nos lembrar do Princípio Constitucional da Valorização do Trabalho, bem como da Justiça Social e Dignidade Humana, tais que não podem ser expurgados do ordenamento com uma alteração infraconstitucional, haja vista que encontra assento na Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como pode ser extraído do art. 7º, caput, da Constituição da República.

Por fim, no que tange à seara trabalhista, vale destacar que o princípio *in dubio pro operário*, inclinado em prol do obreiro em questões controversas como esta, vislumbrando o reequilíbrio da desigualdade a partir de uma proteção Estatal deve ser resgatado. Assim, debruçamo-nos, portanto, sobre o primeiro princípio basilar do Direito do Trabalho, qual seja: a proteção do trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CASSAR, Vólia. Bomfim. (2017). **DIREITO DO TRABALHO**. São Paulo: Método.

CASSAR, Vólia Bomfim. **RESUMO DE DIREITO DO TRABALHO**. 1.ed. São Paulo: Método, 2018. Acesso em 28 de junho de 2020.

CHAVES, J. E. (2007**). SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL-RETICULAR: UMA PERSPECTIVA SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA**. Juslaboris.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **DIREITO DO TRABALHO PARA OS CONCURSOS DE ANALISTA DO TRT E MPU**. Salvador: Juspodivm, 2018. Acesso em 28 de Junho de 2020

DELGADO, M. G. (2006). **DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE TRABALHO**. São Paulo: LTr.

Delgado, Mauricio Godinho — **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO** / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl..— São Paulo : LTr, 2017.

DUARTE, Francisco Carlos; NASIHGIL, Arion Augusto Nardelo. A flexibilização do direito do trabalho como instrumento do desenvolvimento econômico em conflito com o princípio da vedação do retrocesso social. **REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS- GRADUAÇÃO DA UFC**. vol. 35,2, Jul.dez, 2015.

GUIA TRABALHISTA. **TRABALHADOR AUTÔNOMO X EMPREGADO – DIFERENCIAÇÃO.** Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/autonomo_x_empregado.htm#:~:text=AUT%C3%94NOMO%20%E2%80%93%20CONCEITO,Pl%C3%A1cido%20e%20Silva%20designa%20aut%C3%B4nomo%3A&text=Desta%20forma%2C%20AUT%C3%94NOMO%20%C3%A9%20todo,forma%20eventual%20e%20n%C3%A3o%20habitual.) > Acesso em 29 de junho de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **RECONHECIMENTO DO VÍNCULO TRABALHISTA MOTORISTA UBER.** Relator Desembargador Josaphá Francisco dos Santos. Disponível em:<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/836789964/7254515020198070001-df-0725451-5020198070001/inteiro-teor-836789987?ref=serp> Acesso em 28 de maio de 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **RECONHECIMENTO DO VÍNCULO TRABALHISTA MOTORISTA UBER.** Relator Desembargadora Elizabeth Mostardo. Disponível em: < https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/646753500/10018296120175020312-sp/inteiro-teor-646753542?ref=serp> Acesso em 28 de maio de 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7º REGIÃO.. **RECONHECIMENTO DO VÍNCULO TRABALHISTA MOTORISTA UBER.** Juiz do Trabalho Substituto Raimundo Dias de Oliveira Neto. Disponível em: < https://trt-

7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/833316495/acao-trabalhista-rito-ordinario-15396120175070009> Acesso em 28 de maio de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **RECONHECIMENTO DO VÍNCULO TRABALHISTA MOTORISTA UBER.** Juiz de Direito titular dos Juizados Especiais Augusto Vinícius Fonseca e Silva. Disponível em < https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/840766884/807233420198130056-mg> Acesso em 28 de maio de 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 19ª REGIÃO TRT19 - **RECURSO ODRINÁRIO TRABALHISTA**. Relator: Laerte Neves De Souza Disponível em:<https://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1109231243/recurso-ordinario-ro-8304320195190002-0000830-4320195190002> Acesso em 22 de Novembro de 2020.

LEME, A. C. (2019). **DA MÁQUINA À NÚVEM**. São Paulo: LTr Editora.

MEDEIROS, Benizete Ramos de**.** O direito ao trabalho descente e digno como direitos fundamentais e a alteração da legislação trabalhista: um aviltamento sem fim. **REVISTA DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ADVOGADOS TRABALHISTAS- ABRAT.** Belo Horizonte, ano 5, nº 5, p. 13-32, jan/dez 2017.

SIGNES, Adrián Todolí. (2017). **O MERCADO DE TRABALHO NO SÉCULO XXI**: on-demandeconomy, crowdsourcing e outras formas de descentralização que atomizam o mercado de trabalho

TEODORO, Maria Cecília Máximo. (2017). **A SÍNDROME DE PATRÃO**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/258217/a-sindrome-de-patrao> Acesso em 25 de setembro de 2020.

UBER. **POLÍTICA DE DESATIVAÇÃO.** Disponível em**<https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?name=deactivation-policy&country=puerto-rico&lang=en**> Acesso em 08 de Novembro de 2020**.**

RAPPI**.** Disponível em < https://www.rappi.com.br/> Acesso em 16 de novembro de 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 13° REGIÃO TRT 13 – **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA.** Relator: Desembargador Thiago de Oliveira Andrade. Disponível em: https://trt-13.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933917795/recurso-ordinario-trabalhista-ro-6996420195130025-0000699-6420195130025/inteiro-teor-933917805 Acesso em 22 de novembro de 2020.

REVISTA DIREITO FAE

UMA ANÁLISE DOS DIREITOS DAS MULHERES CHEFES DE FAMÍLIA, AVANÇOS E RETROCESSOS

AN ANALYSIS OF THE RIGHTS OF WOMAN HEADS OF FAMILIES: ADVANCES AND SETBACKS

Glenda Lima de OLIVEIRA[1]

Gabriela Nogueira Xavier MATIAS[2]

RESUMO

Quase metade das casas brasileiras são atualmente chefiadas por mulheres, conforme mostra o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os dados mostram que, já chega a 34,4 milhões o número de mulheres responsáveis por seus lares. Isso só foi possível, devido à quebra de paradigmas no que tange a introdução feminina no mundo do trabalho. Uma evidência disso, é o capítulo III da Consolidação das Leis do Trabalho, que foi dedicado à proteção do trabalho da mulher. Apesar dos avanços no Brasil, ressalta-se que ainda não foram superadas como recorrentes dificuldades encontradas pelas trabalhadoras, como o desemprego, diferença salarial, escolaridade e sindicalização. Ainda que grande parte delas apagadas no mercado de trabalho, sua posição gera uma sobrecarga física e psíquica que afeta diretamente, e que logo se transforma em uma fonte de estresse emocional, causando em uma

[1] Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário UNA. E-mail: glendinhalima@yahoo.com.br.

[2] Mestre em Direito do Trabalho e graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerias. Consultora e advogada trabalhista. Professora de Direito Material e Processual do Trabalho. E-mail: gabriela.xavier@prof.una.br

dupla/ tripla jornada de trabalho. Deste modo, destaca-se a necessidade de discutir sobre os componentes fundamentais para que as mulheres conquistem a equidade de gênero e que possa superar os desafios em diferentes espaços e dimensões.
PALAVRAS-CHAVE: Mulheres. Proteção do trabalho. Gênero. Desafios.

ABSTRACT

Almost half of the Brazilian houses are currently headed by women, as shown by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE). The data show that the number of women responsible for their homes has already reached 34.4 million. This was only possible, due to the breakdown of paradigms regarding the introduction of women into the world of work. Evidence of this is chapter III of the Consolidation of Labor Laws, which was dedicated to protecting women's work. Despite the advances in Brazil, it is noteworthy that the difficulties encountered by female workers have not yet been overcome, such as unemployment, wage differences, education, union membership. Even though most of them are erased in the job market, their position generates a physical and psychological overload that directly affects them, and that soon becomes a source of emotional stress, causing a double / triple workday. Thus, the need to discuss the fundamental components for women to achieve gender equity and to overcome challenges in different spaces and dimensions is highlighted.
KEYWORDS: Women. Work protection. Genre. Challenges.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo se busca explorar os entraves, as dimensões e os problemas enfrentados pelas mulheres chefes de família, que geralmente é marcado pelo

excesso de trabalho, desde aquele doméstico não remunerado, realizado em suas casas, até o trabalho voltado para a aquisição de renda, com a finalidade de sustentar suas famílias.

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), o percentual de domicílios brasileiros comandados por mulheres saltou de 23% em 1995, para 40% vinte anos depois, devido principalmente, ao crescimento da participação feminina no mercado de trabalho.

Esse número só tende a crescer, já que as mulheres não dependem financeiramente de outra pessoa e se tornaram figuras mais empoderadas e focadas em ocupar cada vez mais espaços no mercado de trabalho. Além do mais, no aspecto da qualificação, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) explica que hoje, no Brasil, as mulheres têm em média oito anos de estudo, enquanto os homens possuem apenas 7,7 anos.

Dessa forma, para entender esse processo de construção, convém discutir acerca da temática das mulheres chefes de família, a fim de introduzir algumas reflexões.

Durante a maior parte do século XX, a vida familiar e laboral se organizou em torno do modelo tradicional de família patriarcal, sob a seguinte lógica: o homem, chefe do lar, era o encarregado de trabalhar e receber um salário com o qual assegurava a manutenção de todos os membros da família.

A mulher, por outro lado, tinha a seu cargo as tarefas da casa e os cuidados com as crianças, em troca dos quais não recebia nenhuma contrapartida financeira. Uma série de fatores caracterizava esta estrutura, por exemplo: se esperava que o homem contasse com um trabalho remunerado fora do lar por toda a vida e que a mulher permanecesse a maior parte do tempo em casa, concentrada no cuidado de sua família. Modelo baseado na divisão dicotômica entre a “mulher cuidadora” e o “homem provedor”.

No primeiro capítulo deste artigo destaca-se que hoje este modelo não corresponde à realidade. Mas o que aconteceu? Houve mudança nos papéis familiares e a mola propulsora dessa mudança está na maior inserção das mulheres no mercado de trabalho.

O presente artigo adota como metodologia a pesquisa bibliográfica, cujo objetivo é conhecer como a mulher está se reorganizando para ser profissional e mãe, diante desse novo contexto. Ademais, discutirei sobre as responsabilidades depositadas nas mulheres, além de apresentar as dificuldades vividas nessa rotina e como ela lida com as mencionadas situações, muitas das vezes tão conflitantes. Isto porque, é inevitável que ocorra um crescente desequilíbrio entre as diversas facetas de sua vida, que consequentemente, levam à deterioração de sua saúde física e mental, advinda desse acúmulo de funções.

Dessa maneira, no capítulo 3 desta pesquisa, irei explanar o que se entende por dupla ou até tripla jornada de trabalho, já que o labor semanal feminino chega a ter em média 7,5 horas a mais que o masculino, considerando o tempo dedicado ao emprego, ao lar e aos componentes da família. Em 2015, a jornada total média das mulheres era de 53,6 horas, enquanto a dos homens era de 46,1 horas.

Responsáveis pela maioria das horas trabalhadas, as mulheres generosamente, cuidam das crianças, dos idosos, dos enfermos, desdobrando-se em múltiplos papéis.

> Esquecidas de si mesmas, acabam por postergar um debate que se faz urgente: a divisão desigual das responsabilidades da família, a injustiça de sozinha, ter de dar conta de um trabalho de que todos usufruem. (PEREZ, 2001 *apud* FRANÇA; SCHIMANSKI, 2009, p.74).

Debater sobre esse papel de mantenedora das mulheres remete à divisão de trabalho existente entre gêneros, que os levou a assumirem posições desiguais em termos de poder, prestígio e riqueza.

Desde Platão e Aristóteles, a igualdade consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. O princípio da igualdade tem previsão expressa na Constituição em seu artigo 5°, caput ("todos são iguais perante a lei") e no mesmo artigo inciso I ("homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição").

Em um recente artigo publicado no site das Nações Unidas, o secretário-geral da Organizações das Nações Unidas (ONU), António Guterres, afirma que a desigualdade de gênero é a grande injustiça de nossa época. Em todos os lugares, as mulheres estão em situação pior do que os homens simplesmente porque são mulheres.

Por fim, ao final do artigo, destaca-se exemplos de implementações que contribuiriam diretamente para um ambiente ético e intelectual, além da adoção de novas condutas que somariam muito para tornar a sua jornada menos pesada.

Deste modo, buscou-se alcançar um extenso conteúdo para melhor obtenção de informação relacionada ao tema. A fim de levar esclarecimento a análise das mulheres chefes de família, seus desafios em face da dupla e tripla jornada de trabalho e sobre a desigualdade que permeia nossa comunidade.

2 A POSIÇÃO DA MULHER NA ATUALIDADE

Na lição de Saffiot (1976) a mulher das camadas sociais diretamente ocupadas na produção de bens e serviços, sempre foram ligadas ao trabalho. Em todas as épocas e lugares elas vêm contribuindo para a subsistência de sua família e para criar a riqueza social.

Nas economias pré-capitalistas, especificamente no estágio imediatamente anterior a revolução agrícola e industrial, a mulher da camada trabalhadora era ativa: trabalhavam nos campos e nas manufaturas, nas minas e nas lojas, nos mercados e nas oficinas, tecia e fiava, fermentava a cerveja e realizava outras tarefas domésticas. A mulher se faz, portanto, a figura do desenvolvimento social, apesar da sociedade colocar obstáculos a realização plena da mulher.

> [...] A ideia de que a missão da mulher é o casamento e a procriação, conduziu a uma especialização que destina as mulheres as ocupações subalternas, mal remuneradas e sem perspectivas. As famílias por sua vez, e na medida de suas possibilidades, adotam, num simulacro de prestigio, a ideologia da classe dominante: a mulher deve ser exclusivamente dona de casa, guardiã do lar. E as próprias mulheres em sua maioria, tem de si próprias uma imagem cujo componente básico é um destino social profundamente determinado pelo sexo, e que, num mundo inseguro em que ela conta com uma variável a ser manipulada segundo as conveniências da situação, na qual não lhe cabe nenhum poder de decisão, no qual, enfim, ela joga com a desvantagem de ser mulher, situa seus alvos em planos poucos ambiciosos, O medo inconsciente do fracasso reduz suas aspirações e diminui sem ímpeto de realizar. Por isso a mulher busca integrar-se na estrutura de classes em face da sonhada ocupação em variados campos (SAFFIOTI, 1976, p. 5)

Décadas após, timidamente a mulher obteve seu espaço por volta da década de 60 e 70, especialmente após a chamada Revolução dos costumes. No Brasil, foram conhecidos como anos de mudanças, as quais promoveram modificações na estrutura da sociedade, nos comportamentos políticos e nas manifestações culturais. Nesta época lutava-se contra o regime de ditadura militar implantada em 1964, contra a reforma educacional, o que mais tarde provocou o fechamento do Congresso e na decretação do Ato Institucional nº 5.

Dessa forma, destaca-se os ensinamentos de Silva *et.al*, (2005) a revolução sexual e a libertação das mulheres desempenham um papel fundamental nas mudanças em todo o casamento moderno, no amor e no comportamento sexual, levando a mudanças fundamentais na vida das pessoas e nos relacionamentos íntimos. Hoje, as mulheres estão progredindo nos campos cultural e político. O povo brasileiro elegeu 288 prefeitas, com 5.000 cargos na comissão eleitoral de 2004. Nos últimos 15 anos, mais de 120 mil mulheres ingressaram no mercado de trabalho brasileiro. Hoje, mais de 30 milhões de mulheres trabalham fora.

Contudo, o que mais chama a atenção nesta época é a atuação das mulheres, que fomentaram profundas mudanças. Foi um marco importante na transição dos comportamentos, principalmente femininos. As mulheres passaram a questionar mais vigorosamente sua posição na sociedade e se destacaram pela crescente presença nos movimentos reivindicatórios da década. (LOPES, 2006)

No contexto de um processo de modernização acelerado, promovido pela ditadura militar, em que se desestabilizavam os vínculos tradicionais estabelecidos entre indivíduos, grupos e estruturas familiares, as mulheres entraram maciçamente no mercado de trabalho e proclamaram seus direitos.

Isto é, as mulheres tiveram um desdobramento mais direto e organizado, já que os movimentos feministas também lutaram contra a ditadura e por muitos problemas específicos tais como: sexualidade, o controle da concepção, o aborto, a dupla jornada de trabalho, além da discriminação econômica, social e política. Por conseguinte, nada mais justo que guerreassem por igualdade de direitos, de salários, e de decisão.

> [...] O objetivo dos movimentos feministas era obter o reconhecimento social às mulheres através de estratégias políticas, sendo um movimento de esquerda, pautado na teoria marxista-leninista, esse movimento social

> procurava a redemocratização e legitimava a luta das mulheres por seu espaço no ambiente privado e externo (FONTENELE, 2006, p. 92).

É interessante perceber como esses novos comportamentos romperam com as gerações anteriores, no que diz respeito às estruturas tradicionais, seguida pelos nossos pais. O surgimento desses aspectos construiu um modelo de uma nova mulher, já transfigurada por tudo o que passou desde os primórdios de sua luta.

A construção do conceito de nova mulher não foi tarefa fácil, foi preciso recriar sua própria posição histórica no contexto social. Uma posição ainda vista pela janela do imaginário, onde trabalhava-se inicialmente em casa, com atividades ainda peculiares à mulher tradicional, porém adicionada como fonte de renda complementar para sua família. E em casa, cuidando dos filhos, simultaneamente da "janela," voltava seu olhar para um futuro profissional mais qualificado e ainda distante.

Deste modo, na última década, com a alteração de padrões culturais impostos pelo patriarcado, direcionou o papel da mulher a um processo de autonomia e libertação. Ou seja, a mulher surge como sujeito independente em um cenário moderno, mas exercendo pluralidade de identidades como: mãe, esposa, profissional e sujeito político atuante.

> [...] Apesar das dificuldades, as mulheres estão ingressando cada vez mais no mercado de trabalho e permanecendo nele. Contudo, as tarefas historicamente conhecidas como sendo preferencialmente das mulheres, não foram eximidas do seu cotidiano, elas seguem, portanto, assumindo uma dupla responsabilidade e dupla jornada de trabalho. (FRANÇA, SCHIMANSKI, p. 73-74)

A posição da mulher na atualidade nunca foi tão clara: Guerreira, não deixa de ser mãe, esposa, filha, irmã, amiga, companheira, cuidadora, muitas vezes ''mãe-pai'', e provedora do sustento familiar. Em sua maioria são mulheres de todos os tipos, estilos, classe, raça, cor, contudo, a frente de seu tempo, muito mais evoluídas,

decididas, batalhadoras, dedicadas, capazes de enfrentar a tudo e a todos pelos seus projetos e ideais. (LOPES, 2006)

É claro que, em pleno século XXI, encontramos em alguns países, mulheres que agem com submissão total aos homens, com obediência e, que assim foram criadas e deste modo vivem. Estamos falando de mulheres que não possuem direitos, liberdades, e que ficam expostas todos os dias a violência, a infelicidade e a dor.

Entretanto, a mulher atual vai além disso tudo, em busca de seu espaço, e vem a cada dia, conquistando-o ainda mais, ultrapassa limites impostos pelos homens e pela sociedade em que vivem. Suas conquistas vão além do que, um dia já lhes foi permitido e, estão mostrando, a cada tempo que de frágil nada tem, e quem não deixam de ser femininas, sedutoras e misteriosas, mas se tornam mulheres, no sentido amplo e infinito da palavra e do ser humano que são. São estas mulheres que na atualidade desenvolvem vários papéis, transformando-se diariamente e contribuindo para a transformação do meio em que vivem. (ARMANI, 2011, p. 1)

2.1 Atuação Feminina no Mercado de Trabalho

Com as constantes revoluções, o mercado de trabalho ganhou a inserção da mulher que veio quebrando tabus acerca das profissões e em um mundo que era inteiramente dos homens. Atualmente, não há uma especificação de tarefas e as mulheres conseguem conciliar vida profissional e familiar, em uma dupla jornada, tema que será estudado logo a seguir.

Nessa ótica, Ferreira e Santos destaca (2013, p.3) destaca acerca da inserção da mulher no mercado de trabalho.

> A inserção da mulher no mercado de trabalho vem de tempos remotos, precisamente da década de 1970 até os dias de hoje. Ela tem apresentado uma espantosa progressão. Com as transformações ocorridas no pensamento humano no século XXI, a perspectiva de desenvolvimento da carreira da mulher pode ser repensada a níveis além das fronteiras da organização, por meio de decisões tomadas ao longo de sua vida, aproveitando as oportunidades de possíveis migrações e sucessões de cargos no meio trabalhista.

Basicamente, o ingresso das mulheres no mercado consistiu das guerras ocorridas na época que gerou dezenas de mortes das tropas. O mercado de trabalho se encontrava escasso, o que proporcionou a entrada da mulher no âmbito trabalhista, devido as oportunidades que foram encontradas.

Assim, Probst *apud* Ferreira e Santos destaca (2013, p. 4) ensina:

> Tudo iniciou com as I e II Guerras Mundiais em que as mulheres tiveram que assumir a posição dos homens no mercado de trabalho. Com a consolidação do sistema capitalista no século XIX, algumas leis passaram a beneficiar as mulheres. Através da evolução dos tempos modernos as mulheres conquistaram seu espaço. As estatísticas apontam que há mais mulheres do que homens no Brasil. Mostram também que elas vêm conseguindo emprego com mais facilidades e que seus rendimentos crescem a um ritmo mais acelerado que os homens. Mesmo com todas estas evoluções da mulher no mercado de trabalho, ela ainda não está numa condição de desvantagem em relação aos homens, pois continua existindo muito preconceito e discriminação, mas principalmente desigualdade salarial entre homens e mulheres.

Surgiu, portanto, a figura feminina no cenário trabalhista, bem como a desvalorização da mão de obra da mulher: pouca oportunidade laboral, trabalhos precários e mal remunerados, cargos desfavorecidos, dentre outros. Esse cenário marcante de discriminação ainda circunda nos dias atuais, principalmente no que tange a remuneração.

Leis esparsas ganharam importância ao proteger o direito da mulher.No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi o marco para a ruptura da desigualdade entre homens e mulheres. Assim, a figura feminina no mercado de trabalho ganhou força e proteção.

De fato, conforme destaca Ferreira e Santos (2013) a mulher não se encontra no mercado de trabalho apenas como empregada, mas também, como empreendedora, gerando grande produtividade na economia brasileira.

Segundo D'Alonso (2012), as mulheres não são mais apenas donas de casa como antigamente. Atualmente representam cargos importantes no cenário trabalhista, que eram tomados pelo público masculino.

A mulher inserida no mercado de trabalho sofre discriminações devido a diversos aspectos, principalmente sociais e culturais. Os movimentos para se chegar a igualdade e respeito foram maçantes e degradantes, como exposto a seguir.

Vale ressaltar que o papel da mulher tem pouco destaque desde a colonização que sofrem papéis degradantes, desumanas e humilhantes, a depender do grupo e classes sociais que eles se encontrem. As mulheres, portanto, foram elogiadas e temidas que, como representantes de Satanás, se tornassem objetos de dominação e submissão devido à aceitação do conceito de "não funcionamento", tiveram um impacto real no desenvolvimento da humanidade e foram marginalizadas ou até aniquiladas, nos tempos passados. (SILVA*et.al,* 2005)

A mulher sempre foi reconhecida como inferior ao homem. O sexo masculino era reconhecido como modelo de sexualidade e sujeito de perfeição. A mulher passa a ser olhada como inversa ao homem.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS CRIADAS PARA A SUA IMPLEMENTAÇÃO E AS RELAÇÕES DE GÊNERO

É importante destacar a desigualdade encontrada no mundo do trabalho entre homens e mulheres. No entanto, essa desigualdade não é encontrada apenas nesse âmbito, sendo uma questão inteiramente social e cultural.

De início, Siqueira e Samparo (2017, p. 289) ensina acerca do termo desigualdade:

> A desigualdade é compreendida como a ausência de proporção e equilíbrio, sinônimo de irregularidade, desproporção e até mesmo inferioridade. É penoso saber que em pleno século 21 e após várias e incansáveis lutas pela sua inserção no mercado de trabalho, as mulheres ainda sofrem com o preconceito.

Antes de adentrar no tema propriamente dito, é necessário avaliar a distinção dos termos sexo e gênero, visto que pode dar ensejo a compreensão ocorrida da divisão sexual do trabalho existência, bem como a discriminação e inferioridade existente. Assim, se tem a decorrência de leis, políticas sociais no âmbito trabalhista que protege a mulher no atual cenário.

De acordo com Jesus (2016) John Money e Anke Ehrhardt introduziram a indagação da diferença entre os termos gênero e sexo, ao mesmo compasso que os movimentos de mulheres faziam essa mesma distinção.

Logo, gênero é compreendido como uma categorização pessoal e social dos indivíduos, com base na construção de sua identidade, portanto independe do sexo biológico. É a constatação de Siqueira e Samparo (2017, p. 290).

> [...] faz-se necessário, primeiramente, compreender a concepção distinta que se possui de sexo e de gênero, visto que, normalmente, ambas as palavras são tratadas como sinônimas. Assim, enfatiza-se que o sexo faz referência apenas a questões biológicas, enquanto gênero é interpretado como a construção da identidade de cada ser humano, a partir da influência cultural e das instituições sociais. (SIQUEIRA, SAMPARO, 2017, p. 289)

Nesse sentido, várias foram as concepções que influenciaram na distinção de gênero e sexo, mas ainda assim, a mulher era como ser entendido como fraco, apenas sendo uma matéria prima na relação para concepção do feto.

Siqueira e Samparo (2017, p.289) relembra:

> Consequentemente, a partir desta diferenciação, ao longo da História, a mulher passou a ser vista em uma condição de inferioridade ao homem, devendo obediência a este por conta de seu sexo biológico. Apesar do grande desenvolvimento, no sentido da promoção da inserção da mulher na sociedade, e, por conseguinte, da incorporação desta no mercado de trabalho, advindas das lutas dos movimentos feministas, a desigualdade salarial, a discriminação e a não proteção do labor da mulher ainda se fazem presentes.

Dessa forma, o objetivo desse tópico é demonstrar as recentes políticas públicas sociais implementadas que buscam diminuir a desigualdade entre homens e mulheres, tanto dentro e fora do mercado de trabalho. Em complemento, Abramo (2007, p. 265) ensina:

> Interessa analisar o desenvolvimento da institucionalidade e dos mecanismos gerais de promoção do tema no âmbito do governo federal, assim como algumas das políticas específicas que vêm sendo implementadas no âmbito do trabalho, inclusão social [...]

O primeiro movimento impactante referente a movimento feminista, surgiu nos anos 70, lutando contra a ditadura, com tentativas de interferir e construir espaços institucionais no poder constituinte. Assim, em 1985, surge o Conselho Nacional de Direitos da Mulher (CNDM) com ações ativas até o ano de 1989, juntamente com Delegacias Especializadas da Mulher e os Conselhos Estaduais da Condição feminina.

Com movimentos políticos e perda do poder existente, o Conselho Nacional de Direitos da Mulher (CNDM) perdeu sua força e passou a existir a a SEDIM (Secretaria dos Direitos da Mulher).

Vale ressaltar a Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres (SPM), inaugurada pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silvaque trazia melhorias no que tange a mecanismos e formas constitucionais de debates para melhores condições para mulheres, principalmente desenvolvimento de cargos eletivos para movimentos feministas e em diversas associações.

Abramo (2007, p. 270) destaca acerca da Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres: “A criação da SPM foi considerada uma resposta do governo a uma antiga reivindicação do movimento de mulheres e um impulso fundamental para que o tema da igualdade de gênero fosse colocado “de verdade” na agenda das políticas públicas.”

Houve outros movimentos que buscavam pautar a diminuição da igualdade de gênero, buscando inserir essa discussão no plano político, inclusive no âmbito internacional. O Governo Lula trouxe avanços no sentido de inserir figuras femininas no poder de comando no seu ministério.

De outro norte, com as grandes violações sofridas pelas mulheres no mundo trabalhista, surgiu diversas leis que se voltaram para protegê-las.

Nesse sentido, Nascimento (2011, p. 908) constata acerca da indispensabilidade da mulher: “Ao trabalho da mulher é dispensada, pelo direito, especial proteção [...] em todos os sistemas jurídicos, a mulher merece tratamento particular, asseguradas condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas do que aquelas estabelecidas em relação aos homens.”

> Em 19 de agosto de 1842, a Inglaterra proibiu o trabalho das mulheres em subterrâneos. Em 1844, foi limitadaa sua jornadade trabalho a 10 horas e meia, devendo, aos sábados, terminar antes das 16h30 min. Na França, em 1848 surgiram leis de proteção ao trabalho feminino. Na Alemanha, o Código Industrial, de 1891, também se ocupou do problema, fixando algumas normas mínimas. Uma das mais expressivas regulamentações é o Tratado de Versailles, que estabelece o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, inserido em algumas constituições, entre as quais a do Brasil, e destinado a impedira exploração salarial da mulher.

Conforme mencionado anteriormente, houve influências internacionais em relação as políticas contra desigualdade de gênero. Vale ressaltar a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trouxe diversas convenções que mencionavam o trabalho da mulher grávida, estipulava horas extras e trabalho com pesos, e igualdade salarial (SIQUEIRA; SAMPARO, 2017)

Paralelamente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fez grandes mudanças no cenário trabalhista para as mulheres. Abramo (2007, p. 268) ensina:

> A Constituição de 1988 contém avanços significativos no sentido da promoção dos direitos da mulher e da igualdade de gênero: institui um marco

> normativo igualitário para homens e mulheres no âmbito da sociedade conjugal, reconhece a violência intrafamiliar como uma questão de governo, afirma o direito à livre escolha no âmbito da reprodução e avança na garantia de direitos no âmbito do trabalho, incluindo o trabalho doméstico, a mulher rural, a extensão da licença maternidade de 90 para 120 dias e a instituição da licença paternidade de 5 dias.

Vale ressaltar que movimentos feministas foram essenciais para que ideais de liberdade e busca pela justiça de gênero. Esses movimentos se iniciariam na Europa, com o marco inicial pela Revolução Francesa. Nessa ordem, Nascimento (2011, p. 909) complementa:

> Por ocasião da Revolução Industrial do século XVIII, o trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão de obra masculina. Os menores salários pagos à mulher constituíam a causa maior que determinava essa preferência pelo elemento feminino. O Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com sua omissão, toda sorte de explorações. Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc. O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas.

3 A PROTEÇÃO DA MULHER NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E AS TRANSFORMAÇÕES PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988: ASPECTOS LEGAIS E A REFORMA TRABALHISTA

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, teve seu surgimento no ordenamento jurídico para regulamentação dos direitos do trabalho em geral. No entanto, trouxe em seu corpo, diversos dispositivos referentes a proteção da mulher no mundo trabalhista. Isso em decorrência de princípios básicos para que se evitasse as condições degradantes sofridas no passado.

Com esse novo instituto, ficou basicamente instituído diversas restrições, para que se evite condutas discriminatórias e que fosse realmente protegida a mulher no seu ambiente de trabalho.

3.1 Das transformações pós Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi um grande avanço na história devido a sua gama previsão de direitos para as mulheres, estabelecendo um novo paradigma de igualdade, independente do sexo.

O ponto nodal reside no artigo 5º, que de início já proíbe a diferenciação entre homens e mulheres:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Rompeu-se um enorme paradigma, conforme explicamWienke, Costa e Pierdoná(2018, p.203):"[...] o da hierarquia conjugal e da chefia familiar, resquício de uma sociedade patriarcal de muitos séculos de existência e perpetuação.

Em sequência, Wienke, Costa e Pierdoná (2018, p. 201) vem destacar sobre as transformações:

> Toda essa análise está baseada em um sistema patriarcal e de submissão da mulher, em que há uma chefia conjugal, preferências e privilégios eminentemente masculinos. As mulheres ainda lutam pelo ingresso no mercado de trabalho, e por essa ruptura, pois novos valores sociais e culturais estão sendo escritos, e, para isso, necessita-se de um ordenamento jurídico que acompanhe tal processo.

As regras jurídicas, aos poucos foram adaptadas para que princípios fossem postos para que não houvesse diferenciação de gênero. Cita-se por exemplo o artigo 3, inciso IV que traz: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Em sequência, se tem a abolição da "chefia" da sociedade conjugal", conforme previsão do artigo 226, § 5º: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

Nessa ótica, Wienke, Costa e Pierdoná (2018, p. 205) ensinam o cenário pós Constituição da República:

> Portanto, a CF/88 trouxe um grande avanço na tentativa de dar mais igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, passando as normas trabalhistas a serem vistas como promotoras de direitos e não mais como regras "protetivas". No que se refere à igualdade entre os sexos,

> apenas as diferenças devem ser protegidas, de modo que preserve uma igualdade material e não gere uma discriminação por causa dessa proteção, porque o objetivo da Carta Magna é erradicar qualquer forma de discriminação para, assim, constituir uma sociedade livre, justa e solidária.

Dessa forma, Nascimento (1997) compreende que o Direito do Trabalho em relação a mulher passou a ser de protetor a promocional, visto que a mulher deixou de ser algo inferior e submisso para o Estado, necessitando de proteção, afastando as causas de discriminação e inspirando legislações protetivas.

Infelizmente, como destaca Lopes (2006) algumas normas foram falsamente criadas com caráter protetivo, sem colaboração efetiva para a proteção do trabalho da mulher. Há um caminho longo para se percorrer para normas reais sejam editadas e que se evitasse o retrocesso.

Vale destacar alguns artigos importantes na Constituição da República Federativa do Brasil, como por exemplo, artigo 7º, inciso XX e XX, sendo:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> XX - Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
> XXX - Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. (BRASIL, 1988)

Assim, como fora brevemente apresentado, a Constituição da República Federativa do Brasil veio denotar diversos direitos as mulheres, incluídos no rol de direitos fundamentais, o que os torna cláusula pétrea e demonstra a importância de proibição da discriminação.

3.2 A reforma trabalhista e os avanços nos direitos da mulher

A intitulada Reforma Trabalhista trouxe alteração de mais de 200 artigos na Consolidação das Leis do Trabalho e revogou diversos dispositivos. De início, vários artigos foram alterados no tocante a mulher e o trabalho. Em síntese, destaca-se os ensinamentos de Wienke, Costa e Pierdoná (2018, p. 206):

> Apesar de tanto debate sobre a precarização do direito do trabalho com a reforma trabalhista, alguns pontos foram positivos. Especificamente sobre o trabalho da mulher, a alteração dos artigos 372, 384 e 396 da CLT foram progressivos no que tange às políticas públicas de combate à discriminação de gênero, pois tais regras eram ditas como protetivas, mas, muitas vezes, ocasionavam condutas discriminatórias por parte do empregador.

Foram diversas alterações legislativas no tocante a mulher. Os artigos mais alterados foram do 384 a 396 que traziam a previsão de diversos direitos, como por exemplo: a jornada de trabalho, o local desenvolvido o trabalho, o período e a maternidade. Como mencionado, foram várias as mudanças no que se refere à mulher e ao trabalho.

Em suma, a maioria das normas que foram revogadas, eram protetivas e a outras promoviam os direitos da mulher no cenário trabalhista. Na maioria, traziam noções de dignidade da pessoa humana ao local de trabalho e a real diferenciação do labor da mulher em determinados locais.

Em suma, alguns outros direitos foram inseridos para mudar o cenário trabalhista, principalmente aqueles referentes a previdência social e a maternidade da mulher. Nessa ótica, Lopes (2006, p. 426) explica:

> No âmbito trabalhista [...] foram muitas as alterações legislativas. Tais alterações são aquelas referentes a: a) o abandono do princípio de “proteção da mulher”, mediante revogação de normas falsamente protetivas (Leis 7855/89 e 10244/01); b) redimensionamento das normas de proteção à

> maternidade nos âmbitos trabalhista e previdenciário (art. 392 e seguintes da CLT, com acréscimos da Lei 9799/99 e Lei 8213/91, com redação aperfeiçoada por leis subsequentes); c) instituição de normas de combate à discriminação e meios de assegurar a igualdade (Lei 9029/95 e 9799/99).

O aludido e controverso artigo 384 que dava direito a 15 minutos de descanso a mulher, foi revogado pela reforma, por ter sido grande alvo de discussão de discriminação. Atualmente, pós-reforma, se instituiu o 394-A, disciplinando:

> Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:
> I - Atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
> II - Atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
> III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.
> § 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.
> § 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.” (BRASIL, 2017).

Percebe-se o que o aludido artigo vem flexibilizar as normas referentes a insalubridade, sendo nítido o retrocesso em permitir trabalho a mulher nesse local.

Noutro passo, fica evidente que apesar de diminuir a discriminação, o legislador quis “abafar” a flexibilização por meio do dinheiro através do adicionar a ser futuramente pago. Diversos autores contestam o artigo por entender que a norma tem um caráter perverso e cruel e não condiz com a realidade.

4 DESAFIOS AINDA ENFRENTADOS

Após diversos apontamentos no que se refere a mulher no mercado de trabalho e seus direitos, fica evidenciado que após diversas reformas, normas trabalhistas trouxe grandes avanços para tratar com mais igualdade entre mulheres e homens no mercado de trabalho.

No cenário trabalhista, os avanços, mesmo sendo mínimos, não se comparam ao avanço social que ainda é lento. Somente o ordenamento jurídico pátrio não é capaz de libertar a cultura enraizada de submissão milenar que a mulher sofre durante séculos. Continuando, portanto, um grupo vulnerável e passível de discriminação a qualquer tempo (LOPES, 2006).

Esforços jurídicos e da evolução social das mulheres não são capazes de diminuir em totalidade à discriminação no mercado de trabalho. Isso tudo, em decorrência do gênero.

Essa segmentação social discriminatória impede que a mulher, na maioria das vezes tenha crescimento profissional, em cargos de chefia e até mesmo gestão. Ademais, muitas vezes os problemas de discriminação têm acompanhamento com assédios morais e até mesmo sexual (PROSBT, 2003).

A realidade social compromete diversas mulheres trabalhadoras, sendo prejudicadas por falta de reconhecimento digno, para que seja exercida a plena cidadania no âmbito social e trabalhista.

Assim, o problema da discriminação é muito mais além do que por questões de gênero, mas também questões familiares, maternidade, valores como igualdade e liberdade (LOPES, 2006).

A mulher acabou por assumir um papel majoritariamente masculino, o que fez assumir responsabilidades dentro e fora de casa, por exemplo, o trabalho doméstico, gerando uma dupla jornada de trabalho

4.1 Como o direito ampara as mulheres como chefes de família e as leis que tramitam para protegê-las na igualdade de gênero

O mercado de trabalho evoluiu e juntamente com essa evolução, surgiu a participação das mulheres em relações trabalhistas desenvolvendo trabalhos braçais e ocupando espaços que antes era somente de homens.

Em alguns casos e na maioria das vezes, a mulher desempenha um papel importante: chefe de família. Tornam-se, portanto, a única pessoa que sustenta a casa onde vivem.

Ainda assim é perceptível que essas mulheres chefes de famílias não tem uma proteção efetiva ou políticas públicas desenvolvidas para promover ou melhorar seu desenvolvimento social dentro de um ambiente trabalhista.

Nesse cenário, destaca a observação de Silva (2017) como principal ou única provedora da família, as mulheres precisam de muitas políticas públicas para promover seu desenvolvimento social, mas principalmente precisam saber se ver como objetos que podem melhorar suas condições de vida. Se o desenvolvimento da sua cidadania não estiver envolvido, nenhuma política social pública faz sentido.

São mulheres que lutam e que podem enfrentar todos os obstáculos para alcançar seus objetivos e o bem-estar de seus filhos.

Atualmente, as leis já existentes passaram a serem mais promovidas em prol das mulheres após diversos tipos de movimentos reivindicando igualdade de gênero. A guisa de exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 bem como a Consolidação das Leis do Trabalho, são dois grandes importantes diplomas que inseriram direitos a mulheres que são chefes de família (PROSBT, 2003).

O direito, apesar de tímido, procurou estabelecer a proteção a chefes de família, buscando tornar o ambiente mais suscetível a essa prática familiar. Um exemplo clássico a ser citado é a licença maternidade e atualmente o acesso ao intervalo de amamentação conforme previsão do artigo 396, da Consolidação das Leis do Trabalho:

> Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um.
> § 1˚ Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.
> § 2˚ Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador (BRASIL, 2017).

Por diversas vezes, chefes de família com uma dupla jornada tendem a serem marcadas pela pobreza e com baixa qualificação profissional e baixa escolaridade. Muitas vezes enfrentam condições degradantes para se sustentar e sustentar seus dependentes (TEODORO, 2020).

Resta percebido que há uma desfavorável competição dessas mulheres no mercado de trabalho que ainda insiste em ser tão desigual para o gênero feminino. O

direito ainda é precário com normas que favorecem as mulheres chefes de família a terem algum benefício.

Em complemento Silva (2017) observa em seu estudoque nas condições de moradia, educação, alimentação, saúde e lazer, está em jogo o carro da vida. Essas mulheres vivem em áreas com pouca infraestrutura e estão localizadas em áreas com frequente violência urbana, como o tráfico de drogas. Essas mulheres precisam de creches, centros de saúde e policiamento, os quais têm dificuldade em cuidar de seus filhos e de si mesmas.

No momento, pode-se dizer que o direito se encontra na fase de promoção dos direitos das mulheres e não em inovação destes. Ainda se é buscado a igualdade de gênero para uma composição e convivência em qualquer âmbito e não tão somente no trabalhista. Esta igualdade baseia-se na procura de um tratamento diferenciado apenas quando são necessárias biológicas e terapêuticas e, não na base de uma discriminação arbitrária infundada. Como se sabe, esta discriminação ainda existe no mundo do trabalho atual (TEODORO, 2020).

Resta constatado, portanto, que não há uma lei específica ou políticas públicas particularmente benéficas as chefes de família. O Estado precisa promover políticas de emprego voltadas a essas mulheres para garantir estratégias de sobrevivência, para que sua vida profissional e familiar melhore.

Um dos direitos voltados a mulheres em situação de chefes de família e impactam sua vida diretamente são o Plano de Atenção Integral à Família e o Bolsa Família.

4.2 Projetos de lei em tramitação e a Prioridade em habitação

Há alguns projetos de leis em tramitação no Congresso Nacional que visam proteger as mulheres em todos os aspectos, e não somente no âmbito trabalhista.

Muito se discute sobre a igualdade de gênero e promoção dos direitos trabalhistas das mulheres.

Pensando nisso, alguns projetos de lei foram desenvolvidos para que se aumentasse a proteção da mulher no âmbito trabalhista, bem como desenvolvimento de normas que a favoreçam em outros aspectos.

O projeto de lei 294/19, do deputado Rubens Otoni veio trazer penalidades ao empregador, possibilitando a punição quando há ocorrência de diferenciação de salários por gênero, fazendo que seja permitido aos órgãos Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho elaborem listas de empresas que foram multadas por desigualdades de gênero:

> Art. 461
> [...]
> §6º No caso de comprovada discriminação por motivo de gênero ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 1 (um) salário-mínimo por mês em que foi praticada a diferença.
> §7º O Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho poderão divulgar lista das empresas que apresentem as empresas autuadas em razão da desigualdade entre gêneros (BRASIL, 2019).

Um dos projetos mais comentados nos últimos tempos é o Projeto de Lei 4.692/2019, com aprovação na Comissão de Direitos Humanos (CHD). Busca oferecer a chamada Prioridade na Habilitação, visando atender mulheres de baixa renda e vítimas de violência doméstica em programas de habitação públicas financiados com recursos públicos como Minha Casa e Minha Vida, proposto pelo senado Ciro Nogueira.

Um projeto bastante interessante é a Lei do Senado 106/2018, proposto por José Pimentel. Tem como real intenção o incentivo do empreendedorismo feminino.

Busca determinar, à guisa de exemplificação que Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) pelo menos 10% dos recursos administrados pela instituição ao plano de incentivo às mulheres empresárias.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as medidas de apoio ao empreendedorismo feminino, com o objetivo de promover a igualdade de acesso das mulheres às atividades produtivas e promover a consolidação de empreendimentos liderados por mulheres.

Art. 2º As instituições públicas oficiais de crédito e as agências oficiais de fomento implementarão programas de incentivo ao empreendedorismo feminino, voltadas a promover o acesso facilitado de empreendedoras do sexo feminino a linhas de crédito, educação financeira, assistência técnica e sistema diferenciado de garantias. Parágrafo único. Para os fins do disposto no "caput", o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES destinará, sem prejuízo das diretrizes da política de aplicação de recursos estabelecida na Lei de Diretrizes Orçamentárias em cada exercício financeiro, não menos do que dez por cento dos recursos por ele administrados para programas de incentivo ao empreendedorismo feminino.

Art. 3º O Poder Público incentivará o empreendedorismo feminino de micro e pequeno porte, assim considerado o empreendimento em que pelo menos cinquenta por cento do capital das micro e pequenas empresas seja detido por mulheres, observados os limites para definição de porte da empresa estabelecidos na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 4º As empresas beneficiárias de financiamentos de agências oficiais de fomento ou de incentivos fiscais no Imposto de Renda estabelecidos por lei deverão assegurar que pelo menos um terço de seus postos de trabalho e cargos de direção ou gerência sejam ocupados por mulheres.

Parágrafo único. As empresas que já estejam em gozo de financiamentos ou incentivos fiscais nos termos do "caput" deverão promover o cumprimento do disposto no "caput" no prazo de até três anos a contar da vigência desta Lei.

> Art. 5º A implementação do disposto nesta Lei dar-se-á sem prejuízo da destinação de recursos ao Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado – PNMPO (BRASIL, 2018).

Além disso, fica determinado que as agências oficiais de crédito e as agências de desenvolvimento implementem programas que incentivem essas mulheres empreendedoras a facilitação de acesso a linhas de créditos, educação financeira, assistência técnica dentre outros, conforme artigo 2º do referido projeto.

Por fim, um projeto um pouco antigo é o Projeto de Lei 130/2011 que visa estabelecer a aplicação de multas para que seja combatido a diferencia salarial entre gêneros.

> Art. 401 [...]
> § 3º Pela infração ao inciso III do art. 373-A, relativa à remuneração, será imposta ao empregador multa em favor da empregada correspondente a 5 (cinco) vezes a diferença verificada em todo período da contratação (BRASIL, 2011).

Todos os projetos citados buscam incluir a igualdade de gênero na pauta trabalhista, bem como combater e ajudar mulheres que são vítimas de violência e não tem chances de moradias.

Resta percebido que o direito existe, porém, precisa ser aprimorado, inovado e promovido em face das mulheres, não somente no âmbito trabalhista, mas sim, em qualquer área em que se encontre a desigualdade entre gêneros que ainda é muito evidente na sociedade.

5 CONCLUSÃO

Restou percebido no presente trabalho que o mercado de trabalho ainda não tem preparação para receber mulheres empoderadas e que são donas de duplas jornada de trabalho.

Mesmo que ocorra o aumento da presença feminina no mercado de trabalho formais e em cargos de liderança, há gargalos hierárquicos. A medida que aumenta o papel de “líder” e papéis organizacionais, a proporção de mulheres no âmbito trabalhista ainda é pequena. Esse fenômeno é causado por obstáculos sutis e perceptíveis na nossa sociedade que influenciam fortemente na geração de oportunidades de carreira e desenvolvimento profissional destas.

No momento, uma das principais prioridades das mulheres é ter reconhecimento no mercado de trabalho. Isso porque essa geração de mulheres atuais não entende mais o que significam as conquistas das gerações anteriores, principalmente para muitas pessoas, a luta feminista é vista como superada (a “superação” será sua defensora).

A falta de consciência sobre quais avanços sociais e jurídicos em relação às mulheres, representam uma desvalorização das conquistas almejadas anteriormente e, portanto, as colocam em risco. Para que uma conquista seja defendida, é necessário aprender mais sobre o contexto atual das normas jurídicas e o social para que ocorra a inclusão da promoção dos direitos das mulheres no mercado de trabalho.

Ao longo da história, as mulheres sofreram submissões aos homens, sendo vistas à margem da sociedade como fracas por simplesmente por serem mulheres. Essa situação sempre este acompanhada pela inegável influência submissa refletindo nas relações de trabalho. Isso gera, portanto, um resultado sobre a discussão de gênero, isto é, a teoria da divisão do trabalho.

Parte da trajetória feminina na História, vem analisar e entender como a lei atende à realidade e às necessidades das mulheres, especialmente em termos de trabalho, e como pode satisfazer o impacto da divisão do trabalho em razão do gênero,

analisando a eficácia da atuação do Estado nesse cenário ainda tão problemático nos dias atuais.

Após fazer um julgamento sobre o valor da mulher na sociedade, a conclusão é que a desigualdade de gênero, principalmente no mercado em relação ao público feminino, ainda é existente no século XXI.

Resta evidenciado que nos dias atuais, ainda há a existência de resquícios de patriarcado e de constantes discriminações. As mulheres sofrem preconceitos para conquistar e manter suas ocupações, em uma sociedade que ainda tem diferenças salarias e divisão do trabalho em razão do gênero.

Portanto, pode-se concluir que a igualdade de gênero é um problema de toda a sociedade, não atingindo somente as mulheres, mas também outros públicos. Este é um obstáculo para que ocorra à real aplicação dos direitos fundamentais, direitos humanos e especial, os direitos do trabalho para o público feminino.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís Wendel. **A inserção da mulher no mercado do trabalho**: uma força de trabalho secundária?de São Paulo. 2007, 328 f. Programa de Pós-Graduação em Sociologia, do Departamento de Sociologia, da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Disponível em:https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-23102007-141151/publico/TESE_LAIS_WENDEL_ABRAMO.pdf. Acesso em: 03 maio. 2020.

ARMANI, Cida. Vereadora escreve artigo sobre o Dia Internacional da Mulher. **Câmara Municipal de Guaíra. São Paulo, 17 de março de 2011.** Disponível em: http://www.camaraguaira.com.br/?p=3228. Acesso em: 09 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum Compacto. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei do Senado 106/2018. Dispõe sobre o apoio ao empreendedorismo feminino e dá outras providências. **Senado Federal**, Brasília, 04 de junho de

2019Disponível em:https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132530. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Lei n º 13.467 de 13 de julho de 2017. Reforma Trabalhista. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho**. Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de julho de 2017. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei 130/2011. Acrescenta § 3º ao art. 401 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de estabelecer multa para combater a diferença de remuneração verificada entre homens e mulheres no Brasil. **Senado Federal**, Brasília, 22 de novembro de 2011. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103844. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei 294/19**.** Altera e acrescenta dispositivos à Consolidação das Leis Trabalhistas para tornar efetiva vedação a diferença salarial em razão de gênero e etnia. **Senado Federal**, Brasília, 04 de fevereiro de 2019. Disponível em:https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190789. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei 4.692/2019. Altera a Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005, que “dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS”, e a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida, para conferir prioridade à vítima de violência doméstica nos programas sociais de acesso à moradia e estabelecer critérios para a concessão do benefício. **Senado Federal**, Brasília, 11 de março de 2020. Disponível em:https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138327. Acesso em: 28 set. 2020.

DALONSO, Glaucia de Lima. Trabalhadoras brasileiras e a relação com o trabalho: trajetórias e travessias. **Psicol Am Lat. México**. n. 15, 2008. ISSN 1870-350X. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000400003. Acesso em: 17 de setembro de 2012.

FERREIRA, Juliana de Campos SANTOS, Simone Aparecida Soares. Mulher e o mercado de trabalho: uma revisão sobre os percursos da mulher no mercado do trabalho. **Revista Científica Eletrônica de Agronomia**. Faculdade de Agronomia e

Engenharia Florestal de Garça**.** 2011. ISSN: 1677029. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/OToQIVadLbtEKd6_2013-5-3-11-56-25.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

FONTENELE, Tânia Mourão. **Mulheres no topo de carreira**: Flexibilidade e persistência. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2006.

FRANÇA, Ana Letícia de; SCHIMANSKI, Édina. Mulher, trabalho e família: uma análise sobre a dupla jornada feminina e seus reflexos no âmbito familiar. Revista Emancipação, v. 9 n. 1, 2009. DOI: http://dx.doi.org/10.5212/Emancipacao.v.9i1.065078. Disponível em:https://revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/687. Acesso em: 15 set. 2020.

IPEA. Retrato das desigualdades de gênero e raça. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. ed. Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. 2. ed. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf. Acesso em: 05 abr. 2020.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro**. Direito do trabalho da mulher:** da proteção à promoção. **Cafajeste. Pagu**, Campinas, n. 26, 2006. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332006000100016**.** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332006000100016. Acesso em: 05 mar. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 14 ed. rev., São Paulo, Saraiva, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do Direito do Trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ONU. A (des) igualdade de poder entre os gêneros. **Organização das Nações Unidas.** Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental. Disponível em:https://unric.org/pt/a-desigualdade-de-genero-e-o-desequilibrio-de-poder/. Acesso em: 06 ago. 2020.

PROSBT, Renata Elisiana. **A Evolução da Mulher no Mercado de Trabalho**, 2003. Gestão Estratégica de Recursos Humanos, Instituto Catarinense de Pós-Graduação – ICPG. Disponível em: https://www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2014/05/artigo_jan_gen_a_evolucao_da_mulher_no_mercado_de_trabalho.pdf . Acesso em: 15 nov. 2020.

RAMOS, Odélia. A mulher de hoje e a mulher de ontem na visão de Alencar e Amado: Quem é esta mulher na atualidade? **Recanto das Letras**. Minas Gerais, 19 de maio de 2009. Disponível em: https://www.recantodasletras.com.br/artigos/1603339. Acesso em: 06 ago. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A Mulher na Sociedade de Classes**: mito e realidade; prefácio de Antônio Cândido de Mello & Souza. Petrópolis, Vozes, 1976.

SILVA, Glauce Cerqueira Corrêa da; SANTOS, Luciana Mateus Santos; TEIXEIRA, Luciane Alves; LUSTOSA, Maria Alice; COUTO, Silvio César Ribeiro; VICENTE, Therezinha Alves; PAGOTTO, Vânia Pereira Fagundes**.** A mulher e sua posição na sociedade: da antiguidade aos dias atuais, **Rev. SBPH** v. 8 n. 2. Rio de Janeiro, 2005. ISSN 1516-0858. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582005000200006. Acesso em: 09 abr. 2020.

SILVA, Simone Tavares da. Perspectivas de vida das mulheres chefes de famílias: sonho e utopias. **VIII Jornada Internacional de Políticas Públicas**, Unidade Federal do Maranhão, 2017. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo6/perspectivasdevidadasmulhereschefesdefamiliasonhoseutopias.pdf. Acesso em 27 set. 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SAMPARO, Ana Julia Fernandes. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da Discriminação de Gênero à Luta Pela Igualdade. **Revista Direito em debate**, Ano XXVI nº 48, 2017. ISSN: 2176-6622. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate. Acesso em:

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **Feminismo, trabalho e literatura**: reflexões sobre o papel da mulher na sociedade contemporânea. In: MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira; TEODORO, Maria Cecília Máximo; SOARES, Maria Clara Persilva (Orgs.) **Feminismo, trabalho e literatura**: reflexões sobre o papel da mulher na sociedade contemporânea. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. Disponível em: https://www.editorafi.org/48feminismo. Acesso em: 14 out. 2020.

WIENKE, Felipe Franz; COSTA, José Ricardo Caetano; PIERDONÁ, Zélia Luiza. Direitos sociais, seguridade e previdência social. Florianópolis: CONPEDI, 2018.

XXVII Encontro nacional do CONPEDI, Salvador. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/i6zqlxa1/m0T75LQCe6oZpPRS.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

ZIBETTI, Marli Lúcia Tonatto; PEREIRA, Sidnéia Ribeiro. Mulheres e professoras: repercussões da dupla jornada nas condições de vida e no trabalho docente. **Educ. rev.**, Curitiba, n. spe 2, 2010. ISSN 0104-4060. https://doi.org/10.1590/S0104-40602010000500016.Disponível em: https://seminariocorpogenerosexualidade.furg.br/images/arquivo/247.pdf. Acesso em: 29 maio. 2020.

REVISTA DIREITO FAE

CRIPTOMOEDAS E SUA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

LEGAL REGULATION OF CRYPTOCURRENCIES

Guilherme Helfenberger Galino CASSI[1]

Victória Sezinando SANT'ANA[2]

RESUMO

As criptomoedas, surgidas a partir do ano de 2008 com o exemplo do bitcoin, representam um novo desafio ao Direito, visto que, dada a sua inovação, grande parte de seu conteúdo não é regulado por normas jurídicas estatais. A partir dessa premissa, este trabalho, ao apresentar os principais conceitos da nova realidade econômica, debate se há necessidade de o Estado, por meio da edição de novas leis, regular a operação de criptomoedas ou se, ao contrário, esta tarefa pode ser relegada a contratos formalizados entre particulares. Mediante o uso do método lógico-dedutivo, apresenta-se a conclusão de que, dada a potencial insegurança em relações que se valem de criptomoedas, uma regulação jurídica estatal seria importante, a qual, porém, não pode impor custos que venham a inviabilizar o uso dessa importante inovação do mercado.

PALAVRAS-CHAVE: Criptomoedas, legislação, contratos.

ABSTRACT

[1] Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado e professor universitário. E-mail: guilherme@cassi.adv.br.

[2] Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UniDomBosco. E-mail:victoriasantana4@hotmail.com

Cryptocurrencies, emerged in 2008 such as the Bitcoin, represent a new challenge to law due to their innovation, since most of their content is not regulated by state legal rules. Based on this premise, this paper, by presenting the main concepts of the new economic reality, debates whether there is a need for the State, by issuing new laws, to regulate the operation of cryptocurrencies or whether, on the contrary, this task can be relegated to formalized contracts between parties. Through the use of the logical-deductive method, the conclusion is presented that given the potential insecurity in relationships that use cryptocurrencies, a state legal regulation would be important, which, however, cannot impose costs that may render unfeasible the use of this important market innovation.

KEYWORDS: Cryptocurrencies, legislation, contracts.

INTRODUÇÃO

Desde que o bitcoin foi lançado em 2008[3] um novo mercado vem se expandindo, um mercado de moedas com base nas criptomoedas. Vários países têm trazido diferentes tipos de regulamentação sobre essas novas moedas com o decorrer do tempo, entre eles o Brasil. O objetivo deste trabalho é repensar a forma como as criptomoedas são vistas e os sentidos regulatórios que elas vêm tomando no contexto nacional.

Nesse sentido como será observado durante a pesquisa o legislador tem como desafio regulamentar esse mercado de maneira a preservar a condição mais benéfica para atingir o interesse público, então muito se tem sido pensado sobre a criação de uma legislação específica para orientar o tema.

[3] ULRICH, Fernando. **Bitcoin:** A moeda na era digital**.** São Paulo. Instituto Mises Brasil. 2014. p. 13.

No entanto, resta saber se realmente seria necessário regulamentar as criptomoedas por meio de lei, ou se o que já existe em contratos e negócios jurídicos seriam suficientes para assegurar o mercado.

A partir dessa perspectiva, o trabalho começa apresentando o que é dinheiro, se criptomoedas seriam passiveis de alcançar esse status de dinheiro e no que isso importa em um contexto de competição de moedas.

Em seguida é feita uma reflexão conceitual sobre moedas virtuais, digitais, eletrônicas e criptomoedas, qual a diferença entre elas, explicando cada termo e seu significado, assim o leitor terá maior facilidade em entender cada conceito e a importância determinante desses conceitos para uma possível regulamentação.

Nesse diapasão foi feita uma breve abordagem sobre a primeira e mais forte criptomoeda atualmente, o bitcoin e em seguida sobre a blockchain, explicando como funciona e algumas características de ambos, já que a maior parte das altcoins[4] tem a mesma base para funcionar.

Por fim será abordada a regulamentação jurídica das criptomoedas, contextualizando sua importância para o Brasil, possibilidades que um mercado de competição de moedas poderia abrir, e ainda os benefícios e malefícios tanto de uma legislação fechada como de uma regulamentação aberta através de contratos, como é a regulamentação atual e o que já foi pronunciado pelos órgãos nacionais.

A conclusão do trabalho foi de que infelizmente a legislação brasileira hoje é muito fechada em relação ao curso forçado da moeda nacional, portanto não seria possível abrigar uma regulamentação de mercado aberta com relação às criptomoedas.

Para essa pesquisa foi usada a metodologia de pesquisa bibliográfica que se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores[5] como por exemplo a

[4] Altcoins: Alternative Coins, Moedas Alternativas.

[5] SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** 24ª Ed. Rev. E Atual. São Paulo. Editora Cortez. 2016. p. 131.

pesquisa feita por Hayek sobre a Desestatização da moeda[6], sendo nesse contexto trabalhado mercado de moedas, e a natureza e eficácia desse mercado sendo aplicado no cenário legislativo do Brasil atual.

1 DINHEIRO

Quando se fala em moedas digitais e ainda em um plano maior, um mercado de moedas, é imprescindível que se discuta a capacidade que essas moedas têm de funcionar como dinheiro[7] e por tanto é preciso compreender a natureza do dinheiro, suas prerrogativas, seu lugar no contexto atual e como isso influenciará num contexto de competição de moedas alternativas[8].

Existem diferentes teorias que visam explicar o que é dinheiro, para os Chartalistas[9] o dinheiro é aquilo que o Estado determina como dinheiro. Já os Liberais Austríacos[10] definem dinheiro como uma construção social. Para fins de facilitar o entendimento entenda-se dinheiro como gênero de meio de troca comum[11] e moeda como um ativo financeiro.

---

[6] HAYEK, Friedrich August. **A Desestatização do Dinheiro**. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2011.

[7] Meio de troca comum. In: SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: Investigação sobre a sua natureza e suas causas. São Paulo. Abril Cultural. p. 78

[8] Altenative Coin: Moedas Alternativas, Altcoins.

[9] Chartal, ou Chartalist é um termo cunhado por Georg Knapp em 1905 na primeira impressão de sua obra The State Theory of Money, que define que o dinheiro advém do Estado, tendo no Estado a sua natureza.

[10] Escola Austríaca de Economia, formada por autores como Menger, Mises, Hayek, Hazlitt, Rothbard, Böhm Von Bawerk.

[11] SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações:** Investigação sobre a sua natureza e suas causas. São Paulo. Abril Cultural. 1983. p. 78

Adam Smith explana o processo de trocas evidenciando que as mercadorias que tinham maior aceitabilidade ou liquidez funcionavam como mercadoria de troca universal, que seria dinheiro em sua origem. O autor explica melhor dizendo:

> Podemos perfeitamente supor que um indivíduo possua uma mercadoria em quantidade superior àquela de que precisa, ao passo que um outro tem menos. Consequentemente, o primeiro estaria disposto a vender uma parte de seu supérfluo, e o segundo a comprá-la. Todavia, se esta segunda pessoa não possuir nada daquilo que a primeira necessita, não poderá haver nenhuma troca entre as duas. [12]

Essa mercadoria faltante que poderia ser aceita por todos os indivíduos ou pelo menos pela maioria da comunidade é dinheiro, nesse sentido a mercadoria com maior vendabilidade já foi em determinado tempo bois, açúcar, pregos e até mesmo conchas.[13]

Com a evolução do dinheiro para a mercadoria universalmente mais aceitável, ouro e prata disputaram pelo status dinheiro[14] sendo nas palavras de Menger[15] especialmente qualificadas para as funções concomitantes e subsidiárias do dinheiro.

---

[12] Smith, *Ibdem. p. 78.*

[13] Smith, *Loc. Cit.*

[14] For hundreds, even thousands, of years the choice of making has wavered undecided between gold and silver. The chief cause of this remarkable phenomenon is to be found in the natural qualities of the two metals. Being physically and chemically very similar, they are almost equally serviceable for the satisfaction of human wants. In: MISES, Ludwig Von. **The Theory of Money and Credit**. Alabama. Ludwig Von Mises Institute. 2009, p. 45.

"Por centenas, até milhares de anos, a escolha da moeda oscilou indecisa entre ouro e prata. A principal causa desse fenômeno notável pode ser encontrada nas qualidades naturais dos dois metais. Sendo fisicamente e quimicamente muito semelhantes, são quase igualmente úteis para a satisfação das necessidades humanas. " (Tradução Nossa).

[15] MENGER, Carl. **A Origem do Dinheiro**. São Paulo. Instituto Rothbard Brasil. 2017. Disponível em: http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/2017/08/Sobre-A-Origem-Do-Dinheiro-Carl-Menger-1.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2020, p. 52.

Essas são evidenciadas, de uma maneira mais compreensível por Iorio ao explanar o fato de que algumas mercadorias por serem *"duráveis, fáceis de transportar e, principalmente, aceitas em quase todas as trocas, transformaram-se na moeda da época, o que tornaria as trocas mais fáceis de se fazer "moedas-mercadorias"*"[16].

É importante dizer que os autores discordam sobre a origem e formação do dinheiro, sendo que estatistas como Keynes, Knapp, Innes e outros colocam a origem do dinheiro no Estado, que é aquela moeda que o Estado determina como dinheiro.[17]

Autores liberais como Smith, Menger, Mises trazem a natureza do dinheiro como um processo social, continuamente construído, portanto, para eles moeda é uma mercadoria que sendo mais universalmente aceita passa para um novo status como dinheiro.[18]

Nesse sentido Menger aponta ainda que o dinheiro como moeda é antes de tudo uma instituição social, fruto de um processo espontâneo[19]. O autor, ao seguir o raciocínio, comenta:

---

[16] IORIO, Ubiratan Jorge. **Dez Lições Fundamentais De Economia Austríaca.** São Paulo. Instituto Mises Brasil. 2013, p. 59.

[17] KEYNES, Lord John Maynard. **The Pure Theory of Money**. Macmillan. Londres. 1924.

KNAPP, Georg Friedrich. **The State Theory of Money**. Macmillan and Company. 1924.

INNES, A. Mitchell**. What is Money?.** The Banking Law Journal.. 1913. Disponível em: https://www.community-exchange.org/docs/what%20is%20money.htm. Acesso em: 20 de março de 2020.

[18] SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: Investigação sobre a sua natureza e suas causas. São Paulo. Abril Cultural. 1983, p.77.

MENGER, Carl. **A Origem do Dinheiro**. São Paulo. Instituto Rothbard Brasil. 2017. Disponível em: http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/2017/08/Sobre-A-Origem-Do-Dinheiro-Carl-Menger-1.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2020.

MISES, Ludwig Von. **The Theory of Money and Credit.** Alabama. Ludwig Von Mises Institute. 2009.

[19] MENGER, Carl. **A Origem do Dinheiro**. São Paulo. Instituto Rothbard Brasil. 2017. Disponível em: http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/2017/08/Sobre-A-Origem-Do-Dinheiro-Carl-Menger-1.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2020, p. 61.

> Por meio do reconhecimento do Estado e da regulação estatal, esta instituição social do dinheiro tem sido aperfeiçoada e ajustada as múltiplas e variadas necessidades de um comércio em desenvolvimento, assim como direitos consuetudinários tem sido aperfeiçoado e ajustado pela lei estatuária. [20]

E assim foi com a cunhagem da moeda, e em um seguinte nível a impressão do papel moeda como se tem atualmente. Iorio traduz a moeda-papel como um certificado nominativo que você recebia do seu banqueiro declarando que você havia depositado certa quantidade de ouro e que só você poderia pegar de volta quando desejasse[21]. Para Keynes a moeda passou por ainda outra fase quando foi estatizada, chamando de "The State Age"[22] ou a Era do Estado, quando o "*Estado tomou para si não apenas o direito de declarar o que responderia como dinheiro, mas também o direito de impor esse conceito, assim todo o dinheiro está além da disputa, tendo se tornado Chartalista*".[23]

Sobre o tema, assevera Pedroso:

> Cunhado por Georg Friedrich Knapp (1842 - 1926) em sua obra The State Theory of Money (A teoria estatal da moeda), o chartalismo consiste na crença de que a moeda é essencialmente um instrumento legal, criado pelas tentativas de diferentes estados de controlar a atividade produtiva do

[20] MENGER, *Ibdem.* p. 61.

[21] IORIO, Ubiratan Jorge. **Dez Lições Fundamentais De Economia Austríaca.** São Paulo. Instituto Mises Brasil. 2013. p. 59.

[22] KEYNES, Lord John Maynard. **The Pure Theory of Money.** Macmillan. Londres. 1924, p. 9.

[23] And the age of Chartalist or State Money was reached when the State claimed the right to declare what thing should answer as Money to the current Money-of-Account when it claimed the right not only to enforce the dictionary but also to write the dictionary. To-Day all civilised Money is beyond the possibility of dispute, Chartalist. In: KEYNES, Lord John Maynard. **A Treatise on Money**. Macmillan. Londres. 1914, p.27. (Tradução Nossa).

> mercado. De acordo com Knapp, o valor da moeda não advém de seu valor como commodity, mas de sua função como meio de pagar impostos, com lastro na lei. [24]

É importante ressaltar que a moeda como "moeda-mercadoria" tem um valor nominal e um valor real, sendo que esse valor nominal flutua conforme a especulação em relação ao futuro poder de compra dessa moeda que pode variar com a sua liquidez, e sua posição com relação a outras mercadorias. [25]

Por essa razão Mellor defende que a real confiança está depositada na segurança que os usuários da moeda têm no governo, nas organizações sociais e nas autoridades[26]. Essa ação dos usuários, somada às conjecturas e construções do Estado, criam um novo tipo de moeda chamada "moeda-representativa, ou fiat", cujo valor é lastreado não no valor da moeda como commoditie, poder de compra ou utilidade, mas na confiança das autoridades e instituições públicas.

Na construção do atual conceito do dinheiro, ambas as teorias (Chartalista e Liberal) são complementares, pois o dinheiro não só tem valor como mercadoria, mas também tem valor na confiança do governo como garantidor. Portanto, ambas as teorias se entrelaçam para construir o conceito de dinheiro como ele se dá atualmente na prática.[27]

---

[24]– PEDROSO, Bill. **MMT: O Pós-Modernismo Na Economia.** Objetivismo: A Filosofia de Ayn Rand. Disponível em: https://objetivismo.com.br/artigo/mmt-o-pos-modernismo-na-economia. Acesso em: 24 de março de 2020.

[25] SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: Investigação sobre a sua natureza e suas causas. São Paulo. Abril Cultural. 1983, p. 218.

[26] Money is something that people trust to maintain its value or be honoured in trade, while its actual value can vary. Effectively when we say people trust in money we mean they are trusting in the organisations, society and authorities that create and circulate it, other people, traders, the banks and the state. In: MELLOR, Mary. **The Future of Money**: From Financial Crisis to Public Resource. Pluto Press. 2010. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/j.ctt183h0cz.11. Acesso em: 24 de março de 2020, p. 11. (Tradução Nossa).

[27] Atualmente, o conceito de moeda é definido pelo artigo 21, inciso VII da Constituição Federal, aduzindo que compete a União à emissão de moeda e, por sua vez, a Lei. 9.069/1995 prediz as

Nisso importa às moedas particulares que em princípio não contam com uma autoridade que conceda tal confiança, então falta esse lastro (confiança do emissor como autoridade estatal) que as moedas “fiat” dispõe. Não quer dizer que elas não possam adquirir o status de dinheiro sem uma autoridade interventora.

Como será visto, a confiança que antes recaía sobre o Estado, nas criptomoedas é transferida para o sistema de codificação, e sobre o registro público que assegura como essas moedas funcionam.

2 MOEDAS VIRTUAIS, MOEDAS DIGITAIS, MOEDAS ELETRÔNICAS E CRIPTOMOEDAS

Moedas virtuais, moedas digitais, moedas eletrônicas e criptomoedas, todos esses termos parece tratar-se do mesmo objeto e são usados corriqueiramente para tratar criptomoedas como Bitcoin, Ethereum, Ripple e Litecoin, entre outras altcoins.

No entanto cada termo se refere a um conceito terminológico que não deve ser tão levianamente tratado. Sendo assim, cabe em um primeiro momento esclarecer cada um para que o leitor entenda os assuntos em sequência.

Moedas digitais são um termo de gênero, que se refere tanto à moedas virtuais como moedas eletrônicas, que coexistem de maneira digital. Nas palavras de Gomes:

> Podemos afirmar que moeda digital é um tipo de ativo que proporciona, de diversas formas, a circulação de valor por meio eletrônico (de forma

condições para emissão da moeda brasileira. Silogisticamente, percebe-se que a moeda, segundo a legislação pátria, é instituída por imposição legal. In: MANSUR GIBRAN, Sandro. LIMA, Sandra Mara Maciel. JÚNIOR, Sergio Itamar Alves. KOSOP, Roberto José Covaia. **O Bitcoin E As Criptomoedas:** Reflexos Jurídicos Em Um Comércio Globalizado. Administração de Empresas Em revista. v. 15, n. 16 (2016). Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2413. Acesso em: 19 de maio de 2020. p. 5.

> intangível) ou via internet. Este valor pode ou não estar embasado em uma moeda fiduciária de curso forçado e, além disso, pode ou não ser transmitido por meio de um sistema descentralizado e criptografado, fazendo com que surjam as subclassificações moedas virtuais, moedas eletrônicas e criptomoedas.[28]

Moedas virtuais são moedas que existem apenas em um plano virtual, o termo pode alcançar as criptomoedas, mas não completamente, desde que qualquer moeda em um plano virtual é uma moeda virtual. Significa dizer que o termo tem uma abrangência tão larga que pode ser usado para determinar tanto moedas em um jogo de MMORPG, RPG, como moedas que tem aplicação direta no mundo real tal como as criptomoedas.[29]

A partir disso cabe citar o Banco Central Europeu que em 2012 trouxe como moeda virtual *"um tipo de moeda digital não regulamentada, que é emitida e geralmente controlada por seus desenvolvedores e usada e aceita entre os membros de uma comunidade virtual específica*".[30]

---

[28] **Moedas digitais, moedas eletrônicas, moedas virtuais e criptomoedas: sinônimos ou termos com significado próprio?** Especialista explica o que são moedas digitais e quais os cuidados para investir nelas. DIVULGADOR DE NOTÍCIAS, DINO. Apud GOMES, Daniel de Paiva. **Moedas digitais, moedas eletrônicas, moedas virtuais e criptomoedas: sinônimos ou termos com significado próprio?** Especialista explica o que são moedas digitais e quais os cuidados para investir nelas. 24 de janeiro de 2020. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/dino/moedas-digitais-moedas-eletronicas-moedas-virtuais-e-criptomoedas-sinonimos-ou-termos-com-significado-proprio,802ab7ee3263ecd7d9ef8d21133cbbf19cjs1sb1.html. Acesso em: 28 de abril de 2020.

[29] No conjunto das moedas virtuais, encontram-se os instrumentos de pagamento denominados nas próprias unidades de conta. Além das criptomoedas, essa categoria inclui moedas de jogos eletrônicos, pontos de programas de fidelidade e outros arranjos contendo valores eletrônicos que não estejam vinculados ao preço de nenhum bem ou direito externo ao arranjo. STELLA, Júlio César. **Moedas Virtuais no Brasil**: como enquadrar as criptomoedas. Revista da PGBC, v. 11, n. 2, p. 149-162, dez. 2017, Brasília. Disponível em: https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/download/26/A9%20V.11%20-%20N.2. Acesso em: 28 de abril de 2020, p. 151.

[30] FOXBIT. **Quais são as diferenças entre "criptomoeda" e "moeda digital"?** Foxbit. 14 de novembro de 2019. Disponível em: https://foxbit.com.br/blog/quais-sao-as-diferencas-entre-criptomoeda-e-moeda-digital/. Acesso em: 28 de abril de 2020.

Moedas eletrônicas se referem às moedas que tem mera representatividade digital, ou seja, é o registro eletrônico que bancos, casas de câmbio e outros sistemas de pagamento fazem de moedas estatais, ou fiat. Em outras palavras as moedas eletrônicas são recursos armazenados em dispositivos ou sistemas eletrônicos que permitem ao usuário final efetuar transações de pagamentos denominados em moeda nacional.[31]

Por fim, mas não menos importante, criptomoedas. Criptomoedas são moedas que existem em um plano virtual, são criptografadas e cujos principais atrativos são privacidade, segurança e descentralização.[32]

Stella delimita o conceito em melhores palavras dizendo:

> Criptomoeda, ou moeda criptografada, é um ativo digital denominado na própria unidade de conta que é emitido e transacionado de modo descentralizado, independente de registro ou validação por parte de intermediários centrais, com validade e integridade de dados assegurada por tecnologia criptográfica e de consenso em rede.[33]

Para complementar é possível usar do conceito de Gomes:

> As diferenças no desenho da estrutura e nas funcionalidades das moedas virtuais evidencia que existe uma infinidade de combinações possíveis. No

[31] ARNOLD, Juliana de Jesus. **A Moeda Digital**: A Viabilidade Ou Não De Uma Moeda Descentralizada. 2014. 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Ciências Econômicas). Universidade Federal do Paraná. UNESPAR. Apucarana. 2014, p. 41.

[32] FOXBIT. **Quais são as diferenças entre "criptomoeda" e "moeda digital"?** Foxbit. 14 de novembro de 2019. Disponível em: https://foxbit.com.br/blog/quais-sao-as-diferencas-entre-criptomoeda-e-moeda-digital/. Acesso em: 28 de abril de 2020.

[33] STELLA, Julio Cesar. **Moedas Virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas.** Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. V. 11. Nº 2. Dez. 2017. Disponível em: https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/view/26/A9%20V.11%20-%20N.2. Acesso em: 28 de abril de 2020.

> caso das criptomoedas (subespécie de moeda virtual), podemos dizer que tais ativos são considerados moedas virtuais abertas, descentralizadas, criptografadas e com fluxo de conversibilidade bidirecional", finaliza Gomes.[34]

A título de melhor compreensão, pode-se então entender moedas digitais como uma família, moedas virtuais e eletrônicas como gênero, e criptomoedas como uma espécie de moeda virtual. As criptomoedas são moedas como Bitcoin, Ethereum e em seguida todas as outras mil e quinhentas altcoins que funcionam sobre a blockchain e que usam de criptografia.

2.1 Bitcoin

Bitcoin foi a primeira criptomoeda a ser lançada entre 2008 e 2009, por Satoshi Nakamoto[35] de código aberto, descentralizada e independente, cumpre todas as prerrogativas que uma moeda deveria ter, tais como: Durabilidade, divisibilidade, maleabilidade, homogêneidade, oferta (Escassez), sem depender de um terceiro fiduciário.[36] De fato é o primeiro sistema de pagamentos global totalmente descentralizado.[37]

O bitcoin com seu sistema aberto e matematicamente confiável, trocou a confiança que antes residia no terceiro intermediário, garantidor, para a matemática e

---

[34] **Moedas digitais, moedas eletrônicas, moedas virtuais e criptomoedas: sinônimos ou termos com significado próprio?** Especialista explica o que são moedas digitais e quais os cuidados para investir nelas. DIVULGADOR DE NOTÍCIAS, DINO. Apud GOMES, Daniel de Paiva. **Moedas digitais, moedas eletrônicas, moedas virtuais e criptomoedas: sinônimos ou termos com significado próprio?** Especialista explica o que são moedas digitais e quais os cuidados para investir nelas. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/dino/moedas-digitais-moedas-eletronicas-moedas-virtuais-e-criptomoedas-sinonimos-ou-termos-com-significado-proprio,802ab7ee3263ecd7d9ef8d21133cbbf19cjs1sb1.html. Acesso em: 28 de abril de 2020.

[35] Satoshi Nakamoto é um pseudônimo, portanto ainda não se sabe quem foi de fato o criador do Bitcoin e do sistema Blockchain, embora existam muitas suspeitas e teorias sobre quem ele é e o que motivou de fato a criação do Bitcoin.

[36] ULRICH, Fernando. **Bitcoin:** A moeda na era digital. São Paulo. Instituto Mises Brasil. 2014, p. 67.

[37] ULRICH, Fernando. **Bitcoin:** A moeda na era digital. São Paulo. Instituto Mises Brasil. 2014, p. 17.

a ciência computacional. Esse sistema distribui a informação das transferências feitas em um livro razão acessível aos participantes da rede que podem confirmar e validar cada transação em troca de novos bitcoins por blocos confirmados.

> Bitcoin não é uma empresa. Não é uma organização. É um padrão ou um protocolo, assim como o TCP/IP ou a Internet. Não é de propriedade de ninguém. Ele opera por regras matemáticas simples com as quais todos os que participam da rede concordam. Através deste mecanismo simples, através da invenção de Satoshi Nakamoto, o bitcoin é capaz de permitir que uma rede de computadores completamente descentralizada chegue a um acordo sobre quais transações ocorreram em uma rede, essencialmente concordando sobre quem atualmente tem o dinheiro.[38]

Dessa maneira a rede se torna mais segura à medida que novos participantes integram a rede, sendo necessário um consenso de regras mínimas entre a maioria de 51% dos envolvidos para qualquer alteração.[39]

> Embora pareça um pouco assustador a possibilidade de a rede ser controlada por pessoas desonestas, o sistema proposto tende a ser muito mais seguro

[38] TELLES, C. M. S. Sistema Bitcoin, Lavagem de Dinheiro e Regulação. 2018. Dissertação Mestrado (Direito da Regulação) - Escola de Direito do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27350/DISSERTACAO-FINAL-13fev19-Christiana%20M%20S%20Telles.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 31 de março de 2020, p. 26. Apud ANTONOPOULOS, Andreas M.

[39] Trata-se de um grande banco de dados distribuído em diversos “nós”, ou seja, computadores, todos compartilhando informações contidas em uma determinada rede. Uma vez colocada uma informação em um bloco nessa rede, ela torna-se imutável e praticamente imune a fraudes. Quanto mais nós (também chamado de ledgers) em uma rede, mais difícil fraudar informação ou transação ali ocorrida. Isso porque, cada ledger oferece uma criptografia própria para proteger as informações em uma rede, sendo necessário “quebrar” a senha de todos os nós para conseguir fazer uma alteração nessa Blockchain, ou ter um poder computacional maior do que pelo menos 50% da rede, que é distribuída mundialmente. In: BIANCOLINI, Adriano. SILVA, Fernando C. D. OSTI, Joelson Ribas. **Como a tecnologia blockchain vem impactando, ou pode impactar nas estruturas administrativas estatais.** Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Curitiba. V. 3. Nº 3. P. 195-234. Dez, 2018, p. 3.

> que o atual, pois fraudes financeiras precisam de uma quantidade muito maior de pessoas para serem executadas se comparadas com o modelo em vigência. [40]

Nesse sentido o Bitcoin traz uma proposta de fazer transferências de maneira mais rápida e econômica, na realidade para se realizar uma transferência em bitcoins leva aproximadamente dez minutos, que é o tempo que médio que os mineradores levam para verificar um bloco, além do curto tempo para realizar transferências a rede permite que essas transações sejam feitas "anonimamente" através de um pseudônimo.

No entanto, qualquer transação feita em uma blockchain pode ser consultada em qualquer tempo, dessa maneira assim que se ligue uma indentidade à uma chave pública todas as transações feitas por aquela chave ficam disponíveis para consulta.

Além disso, *"vincular uma indentidade do mundo real a um endereço bitcoin não é tão dificil quanto se possa imaginar, sendo possivel indentificar pelo numero do IP a origem da transação. Assim, o sistema bitcoin não garante o anonimato, mas permite o uso de um pseudônimo"*.[41]

Uma das maiores construções do bitcoin é sua plataforma descentralizada, que permite que um registro geral de todas as transações seja salva com cada um dos participantes da rede. Essa plataforma solucionou o maior problema existêncial das criptomoedas: O gasto duplo, que será visto em seguida.

---

[40] BOFF, Salete Oro. FERREIRA, Natasha Alves. **Análise dos benefícios sociais da Bitcoin como moeda**. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. México. V.16. 2016, P. 499-523. 2016. Disponível em: https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1870465417300156?token=67A68AAB1F48DF3E0F62E46D2F26C3388F678E98414C4C1D01A499AF98672EACCD3D7AE05044685B188478279775C64D. Acesso em: 30 de março de 2020, p. 506.

[41] ULRICH, Fernando. **Bitcoin:** A moeda na era digital. São Paulo. Instituto Mises Brasil. 2014, p. 30.

2.2 Blockchain

Blockchain é o possibilitador das moedas particulares, o sistema permite que os usuários depositem a confiança antes voltada para o Estado num sistema de registro público, automatizado, que garante a segurança das transações feitas.[42]

Até a criação do sistema blockchain não era possível fazer transações financeiras sem o envolvimento de um terceiro, fosse ele o banco, o paypal ou qualquer outro não interessado de confiança intermediando as operações, para evitar o fenômeno do "gasto duplo[43]" mais conhecido em ciência da computação.[44]

O programa se chamou blockchain pois divide em blocos os registros das transações e cada bloco recebe uma "chave e assinatura digital". Esses blocos são criptografados em uma cadeia de blocos e a cada transação, com objetivo de impedir que um mesmo arquivo, no caso bitcoin, seja enviado duas vezes de uma mesma conta, essas transações são confirmadas e verificadas. O conceito fica mais claro traduzido por Pires:

> O blockchain é uma cadeia de registros imutáveis, públicos e distribuídos. **Cadeia** porque os registros estão cuidadosamente encadeados uns aos outros por meio de chaves públicas, entradas e saídas. **Imutáveis** porque uma vez que o registro é inserido na cadeia, ele não pode mais ser alterado. **Públicos** porque a única condição necessária para que um cidadão possa ter acesso aos registros do blockchain é que ele tenha acesso à internet, e

[42] BOFF, Salete Oro. FERREIRA, Natasha Alves. **Análise dos benefícios sociais da Bitcoin como moeda.** Anuario Mexicano de Derecho Internacional. México. V.16. 2016, P. 499-523. 2016. Disponível em: https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1870465417300156?token=67A68AAB1F48DF3E0F62E46D2F26C3388F678E98414C4C1D01A499AF98672EACCD3D7AE05044685B188478279775C64D. Acesso em: 30 de março de 2020, p. 505.

[43] Um gasto duplo é completamente o que o nome sugere. É o ato de gastar o mesmo dinheiro duas vezes em dois lugares diferentes. In: BITCOINS.NET. **Double Spend**. Bitcoins.net. Disponível em: http://bitcoins.net/guides/double-spend acesso em 30 de março de 2020.

[44] ULRICH, Fernando. Bitcoin: **A Moeda Na Era Digital.** Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2014, p. 17.

> **distribuídos** porque esta cadeia de registro não está armazenada em um único servidor central, ao contrário, está replicada em milhões de máquinas distribuídas pelo mundo todo e nenhuma empresa ou indivíduo pode reivindicar a propriedade destes registros.[45] [MARCAÇÕES DO AUTOR].

O processo que registra e verifica os "hashs"[46] em cada bloco, confirmando a veracidade e tornando legítimo a corrente de blocos, se chama "mineração" e os computadores que efetuam essa tarefa são denominados "mineradores"[47].

> A dificuldade para resolver a equação (hash), entretanto, aumenta de acordo com a velocidade com que os mineradores completam os blocos e é ajustada de tal forma que, independentemente de quantos mineradores existam, um

[45] PIRES, Timóteo Pimenta. **Estudo Da Tecnologia Blockchain E Suas Aplicações Para Provimento De Transparência Em Transações Eletrônicas.** Publicação PPGENE.TDXXA/2016, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 2016, p. 26.

[46] A função hash é um algoritmo utilizado pelo protocolo do bitcoin e de outras criptomoedas para transformar um grande número de informações em uma sequência numérica hexadecimal de tamanho fixo. No caso da criptomoeda, cada hash é criado com o auxílio de um algoritmo duplo-SHA-256, que cria um número randômico de 512 bits (ou 64 bytes). FOXBIT. **Saiba o que é a função Hash na mineração de Bitcoins e Altcoins.** Cointimes. Foxbit. Disponível em: https://cointimes.com.br/o-que-e-a-funcao-hash-na-mineracao-de-bitcoins/. Acesso em 30 de março de 2020.

[47] Os mineradores podem ser considerados uma combinação de contadores com garimpeiros, sendo responsáveis por dois trabalhos essenciais. Primeiro, eles são responsáveis por verificar e validar as transações realizadas com os bitcoins, conforme mencionado acima. Existem milhares de mineradores independentes, com seus computadores potentes, que trabalham constantemente, confirmando as transações realizadas na rede. Quando alguém envia bitcoins para outra pessoa, são os mineradores que, validam como contadores, a transação através de cálculos matemáticos e a registram no “livro contábil” referido acima, isto é, na Blockchain. Como recompensa por esse trabalho, os mineradores recebem taxas de transação pelas operações que eles confirmaram e ainda podem ser contemplados com novos bitcoins. In: TELLES, C. M. S. **Sistema Bitcoin, Lavagem de Dinheiro e Regulação.** 2018. Dissertação Mestrado (Direito da Regulação) - Escola de Direito do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27350/DISSERTACAO-FINAL-13fev19-Christiana%20M%20S%20Telles.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 31 de março de 2020, p. 28.

> bloco é resolvido aproximadamente a cada dez minutos. Isso significa que os bitcoins são sempre descobertos numa taxa contínua e previsível. [48]

Na blockchain de Bitcoins os mineradores recebem um valor em BTC[49] por hash confirmado na cadeia. "*Como cada bloco contém em seu cabeçalho o hash do cabeçalho do bloco anterior, para se alterar um bloco da cadeia é necessário alterar todos os blocos posteriores, o que exige uma capacidade de processamento absurda.*"[50]

> Em que pese a criptografia e o resguardo do sigilo de informações sensíveis, tais blocos de informações garantem publicidade suficiente para a verificação da idoneidade de todas as transações ocorridas acerca de determinado objeto.[51]

Esse processo tem como objetivo criar um sistema seguro longe de uma autoridade central. Assim, as moedas criadas na plataforma são dotadas de autonomia, além de usar tempo e custo muito menores para transacionar. Sobre isso Satoshi Nakamoto esclareceu que:

---

[48] TELLES, C. M. S. **Sistema Bitcoin, Lavagem de Dinheiro e Regulação.** 2018. Dissertação Mestrado (Direito da Regulação) - Escola de Direito do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27350/DISSERTACAO-FINAL-13fev19-Christiana%20M%20S%20Telles.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 31 de março de 2020, p. 30.

[49] Bitcoin.

[50] PIRES, Timóteo Pimenta. **Estudo Da Tecnologia Blockchain E Suas Aplicações Para Provimento De Transparência Em Transações Eletrônicas**. Publicação PPGENE.TDXXA/2016, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 2016, p. 27.

[51] BIANCOLINI, Adriano. **Crise Institucional, Compliance e Blockchain:** uma visão conciliatória para o que está por vir. Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/267628/crise-institucional-compliance-e-blockchain-uma-visao-conciliatoria-para-o-que-esta-por-vir. Acesso em 30 de março de 2020.

> The longest chain not only serves as proof of the sequence of events witnessed, but proof that it came from the largest pool of CPU power. As long as a majority of CPU power is controlled by nodes that are not cooperating to attack the network, they'll generate the longest chain and outpace attackers.[52]

Esse processo requer que pelo menos 51% de toda a rede trabalhe em consenso para desvirtuar um único bloco, o que torna não impossível, mas quase que impraticável um ataque em tal escala. Sendo assim quanto mais usuários e mineradores estiverem na rede, mais difícil torna-se alterar qualquer bloco e violar a sequência de blocos.

3 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS CRIPTOMOEDAS

No Brasil o problema da inflação é um dos mais recorrentes[53], esse que para Hayek é citado como o mais elementar dos problemas, pois para o autor *"até mesmo as inflações mais brandas acabam provocando depressões e desemprego periódicos"*[54] tem sido recorrentemente usado com o fim de regular a economia. Nesse

[52] A maior corrente de blocos não só serve como prova dos eventos testemunhados, mas prova de que veio da maior quantidade de capacidade da rede. Enquanto a quantidade majoritária dos computadores não estiver cooperando para atacar a rede, eles vão gerar a maior sequência de blocos e superar a sequência hackeada, ou atacante In: NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin:** A Peer-to-Peer Electronic Cash System. 2008. Disponível em: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf. Acesso em 31 de março de 2020. (Tradução Nossa)

[53] Entre 1974 e 1985, a inflação brasileira percorreu cinco patamares distintos, conforme as seguintes taxas médias anuais de inflação: i) 30% no biênio 1974-1975; ii) 40% no triênio 1976-1978; iii) 77% em 1979; iv) 100% no triênio 1980-1982; e v) 220% no triênio 1983-1985. In: CRIBARI-NETO, Francisco; CASSIANO, Keila M. **Uma análise da dinâmica inflacionária brasileira**. Rev. Bras. Econ. Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, p. 535-566, Dec. 2005 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003414020050004000002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 de maio de 2020.

[54] HAYEK, Friedrich August. A Desestatização do Dinheiro. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2011, p. 19.

sentido, o Brasil é *"[...] amplamente citado como o maior exemplo de um país com uma grande componente inercial na inflação"*.[55]

Não se leva em consideração que quando a inflação começa, diferentes grupos da população são por ela afetados de diferentes maneiras. *"Os grupos que recebem dinheiro novo em primeiro lugar ganham uma vantagem temporal",*[56] o que causa o aumento dos preços aprofundando consequentemente a desigualdade social.[57] Nas palavras de Fernando Ulrich:

> Os brasileiros, por exemplo, tão calejados por diversos planos econômicos malfadados, tem muito a ganhar com uma moeda que os protege genuinamente das arbitrariedades de governos que, ao longo da história,

[55] O conceito de inflação inercial ou inércia inflacionária refere-se à inflação de corrente do conflito distributivo e da capacidade de os agentes repassarem automaticamente para os preços os aumentos de custos efetivos e presumidos, reproduzindo assim a inflação passada no presente e fazendo-a permanecer num patamar relativamente estável até que um novo choque imponha novo ritmo ao processo, fazendo com que um novo patamar seja alcançado. Ficava assim explicada a persistência de altos níveis na inflação. In: CRIBARI-NETO, Francisco; CASSIANO, Keila M. **Uma análise da dinâmica inflacionária brasileira.** Rev. Bras. Econ. Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, p. 535-566, Dec. 2005 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003414020050004000002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 de maio de 2020.

[56] MISES, Ludwig Von. **As Seis Lições.** 7ª edição. São Paulo. Instituto Ludwig von Mises Brasil. 2009, p. 64.

[57] O Bit Coin é o melhor exemplo quando se fala em criptomoedas, a partir disso cabe citar: "A (criptomoeda) Bitcoin, considerada por alguns a maior inovação financeira dos últimos anos, poderia resolver problemas monetários enfrentados pela sociedade, desde a criação do dinheiro, como a inflação, a falta de acesso a serviços financeiros em regiões remotas e os altos custos para transações. Estes problemas afetam principalmente a população mais pobre. A popularização de uma moeda eletrônica, baseada em uma rede descentralizada e sem um controle central, teoricamente, possibilitaria a diminuição desses problemas. In: BOFF, Salete Oro. FERREIRA, Natasha Alves. **Análise dos benefícios sociais da Bitcoin como moeda**. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. México. V.16. 2016, P. 499-523. 2016. Disponível em: https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1870465417300156?token=67A68AAB1F48DF3E0F62E46D2F26C3388F678E98414C4C1D01A499AF98672EACCD3D7AE05044685B188478279775C64D. Acesso em: 30 de março de 2020, p. 504.

> abusaram do poder, infringindo impiedosamente os direitos de propriedade dos seus cidadãos. [58]

Criptomoedas são acessíveis, tem menores custos de transação, e *"funcionam como válvula de escape para pessoas que almejam uma alternativa à moeda depreciada de seu país ou a mercados estrangulados*."[59]

Se existir a possibilidade de que um mercado competitivo de moedas traga tais benefícios como maior equilíbrio e igualdade social, talvez valha a pena olhar para ele, e viabilizar sua realização. A par desta contextualização segue uma análise do melhor uso da lei, ou de contratos, de maneira que esses benefícios estejam acessíveis à população.

3.1 Regulamentação por leis ou contratos.

O Legislador deste início de milênio não pode ser mero espectador do panorama social[60] tendo que acompanhar as mudanças e transformações sociais. Desde 2008, foram criadas milhares de criptomoedas, muitas já morreram, outras persistem. De acordo com o projeto de Lei do senador Flavio Arns "*em 2018 o volume negociado de moedas virtuais correspondeu a R$ 6,8 bilhões, [...]. No mesmo ano*

[58] ULRICH, Fernando. Bitcoin: **A Moeda Na Era Digital**. São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2014, p. 106.

[59] ULRICH, Fernando. Bitcoin: **A Moeda Na Era Digital.** São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2014, p. 26.

[60] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2015. P. 29.

existiam cerca de 35 exchanges no Brasil, sendo que 23 delas foram criadas ainda em 2018, o que denota o crescimento exponencial deste novo setor".[61]

> O que começou como bitcoin em 2008 e um punhado de moedas em 2013, com um valor de mercado de aproximadamente US $ 1 bilhão, cresceu rapidamente para a casa dos bilhões. A Bitcoin sozinha movimenta vários bilhões de dólares a cada 24 horas. Mais de US$ 3,2 bilhões foram investidos em startups de criptografia através de Initial Coin Offerings (ICOs) em 2017. Até o momento, existem cerca de 1.600 criptoativos, sendo o bitcoin o maior e respondendo por aproximadamente 42% do valor total do mercado de criptoativos. [62]

Tanto o legislador já está atento para a mudança de cenário que vem ocorrendo, como já se discutem projetos de lei como o acima citado, contudo, que benefícios uma lei especial para criptomoedas e exchanges pode trazer?

A partir da perspectiva da Segurança Jurídica: uma lei assentaria o entendimento de todos sobre o assunto, discussões como 'é moeda, não é moeda' morreriam, e por consequência traria estabilidade ao novo mercado.

Outro ponto é liquidez, quanto mais seguro mais novos usuários, os mais conservadores, se sentiriam confiantes para adentrar ao mercado, o que consequentemente aumentaria a oferta e a demanda por novas moedas, trazendo à tona o melhor de um mercado inteligente.

---

[61] BRASIL, Projeto de Lei 3825/2019. Senado Federal. Brasília Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137512. Acesso em 13 de maio de 2020. Justificação, p. 8.

[62] MAZARS. **Accounting for Cryptoassets under US GAAP and IFRS**. Trad. STERLAY,Andre. LEROY, Antoine. Rev. MUTINELLI, Éder. Ad. NÓBREGA, Carolina. Mazars Brasil. Disponível em: https://por.mazars.com.br/Pagina-Inicial/Nossa-expertise/Consultoria/Criptomoedas-Regulamentacao-e-Contabilizacao. Acesso em: 30 de março de 2020.

Fim do anonimato? Uma lei traria maior burocratização dos serviços das exchanges, cobrando quem são os novos e velhos cadastrados, afim de suprimir o ganho ilícito com natureza criminosa, para isso chaves públicas seriam inegavelmente ligadas a pessoas físicas e jurídicas, reprimindo a entrada de interessados no mercado negro da sonegação de impostos, tráfico de drogas, sequestro de computadores entre outros.

Outras unidades contábeis como fonte de tributação. Hoje a Receita Federal já tem instrução normativa para a cobrança de impostos sobre as atividades realizadas em criptomoedas[63] principalmente o Bitcoin. Num contexto maior, quanto mais valor fático fosse agregado à uma criptomoeda mais atraente seria ao Governo receber outras tributações nessas moedas. Sobre esse assunto o Ex-Presidente Michel Temer através do Decreto nº 9.580/2018[64] que regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, já abriu a possibilidade de que bens diversos sejam tributados.

Sendo assim não há motivo para que não deva aceitar outras unidades contábeis como base para a tributação.[65] Resta esclarecer que por não ter uma previsão legal, as criptomoedas não podem ser tributadas pela simples posse[66].

---

[63] RFB - Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal nº1888 de 3 de maio de 2019. **Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 de maio de 2019. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592. Acesso em: 13 de maio de 2020.

[64] DECRETO Nº 9.580, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2018, **Tributação das Pessoas Físicas**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9580.htm#art4. Acesso em 19 de maio de 2020.

[65] HAYEK, Friedrich August. **A Desestatização do Dinheiro**. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2011, p. 47.

[66] MANSUR GIBRAN, Sandro. LIMA, Sandra Mara Maciel. JÚNIOR, Sergio Itamar Alves. KOSOP, Roberto José Covaia. **O Bitcoin E As Criptomoedas:** Reflexos Jurídicos Em Um Comércio Globalizado. Administração de Empresas Em revista. v. 15, n. 16 (2016). Disponível em:

Propriedade intelectual, a regulamentação poderia existir no sentido de proteger os criadores de moedas privadas, para que essas moedas não fossem plagiadas com o fim de lesar o criador ou a moeda concorrente[67] ou que "*fosse emitido o mesmo dinheiro que outro ou outros indivíduos (o que no caso seria equivalente ao crime de falsificação).* "[68]

Por outro lado, uma legislação específica, poderia encarecer as relações, visto que uma das maiores vantagens que as criptomoedas apresentam são o baixo custo transacional aliado ao tempo máximo de dez minutos por transação.

Alimentar, ou burocratizar o serviço das exchanges e dos novos criadores de moedas poderia trazer novos custos desestabilizando o mercado.

Além disso, moedas particulares podem ser extremamente diferentes com escassez limitada[69] ou aberta[70], dependência ou não de terceiros fiduciários. Dificilmente uma legislação única seria compatível com as nuances entre as várias possibilidades de moedas que podem vir a existir, o que provocaria uma limitação desnecessária ao mercado.

Essas nuances não estão restritas ao tipo de moeda, mas abarca também as diferentes funções que cada moeda pode se destinar, por exemplo: Reservas para

---

http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2413. Acesso em: 19 de maio de 2020. p. 14.

[67] HAYEK, Friedrich August. **Os Erros Fatais do Socialismo**. Faro Editorial. São Paulo – Brasil. 2017, p. 52.

[68] HAYEK, Friedrich August. **A Desestatização do Dinheiro**. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2011, p. 30.

[69] Bitcoin tem escassez limitada a 21 milhões. In: ULRICH, Fernando. **Bitcoin:** a moeda na era digital. São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2014, p. 68.

[70] Ether, moeda criada pela Ethereum e não possui oferta monetária limitada. Atualmente existem quase 100 milhões de Ethers já emitidos. In: BASSOTO, LUCAS. **Ethereum: uma análise completa.** Coin Times. Disponível em: https://cointimes.com.br/avaliacao-de-criptomoedas-ethereum/. Acesso em: 19 de maio de 2020.

pagamentos futuros, compras à vista, pagamentos futuros resultantes de contratos e unidade de cálculo.[71]

Outro ponto é que a tecnologia é tão nova e volátil, que "*em pouco tempo a legislação correria o risco de tornar-se obsoleta. Nesse sentido, não é necessária uma legislação extensiva acerca desta matéria, pois o risco de a mesma perder o sentido é muito grande*"[72].

"*Um Governo deve, é claro, ser livre para determinar em que moeda os impostos devem ser pagos e para celebrar contratos em qualquer moeda que lhe aprouver (dessa maneira, pode apoiar a moeda que emite ou queira favorecer).* "[73] Em um contexto de competição entre moedas estatais e particulares, não necessariamente o uso de moedas particulares não representaria um perigo para a moeda soberana, desde que ela apresente vantagens ou continue como fonte de pagamento da maior parte dos tributos.

A partir disso, quando se começa a discutir uma lei, ela precisa necessariamente começar conceituando a matéria legal para que possa produzir efeitos, assim, seria necessário que o Legislador estivesse disposto a retirar o monopólio do dinheiro da mão estatal, abrindo um ambiente de competitividade.

A verdade é que o conceito de criptomoedas como ativos financeiros, não cabe, afinal se coubesse a regulamentação já existente da CVM sobre valores

[71] HAYEK, Friedrich August. **A Desestatização do Dinheiro.** Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2011, p. 78.

[72] MANSUR GIBRAN, Sandro. LIMA, Sandra Mara Maciel. JÚNIOR, Sergio Itamar Alves. KOSOP, Roberto José Covaia. **O Bitcoin E As Criptomoedas:** Reflexos Jurídicos Em Um Comércio Globalizado. Administração de Empresas Em revista. v. 15, n. 16 (2016). Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2413. Acesso em: 19 de maio de 2020, p. 16.

[73] HAYEK, Friedrich August**. A Desestatização do Dinheiro**. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2011, p. 47.

mobiliários arcaria com a responsabilidade de abraçar esse novo conceito,[74] fazendo do presente trabalho obsoleto.

Nesse contexto, restaria ao legislador duas opções: ou incluir as criptomoedas em todo o seu potencial como moeda e, portanto, passíveis de liquidez ao ponto de tornarem-se dinheiro, ou inventar uma categoria específica para elas, com o risco de perder em maior ou menor grau as benécies que esse mercado poderia trazer ao público.

Este dilema se torna desnecessário se tão somente o poder de qualificar e definir o que são criptomoedas fosse depositado sobre o usuário final, como parte de um contrato. Dessa maneira se duas ou mais partes querem realizar negócios entre si que envolvam criptomoedas, seu uso seria determinado pelos contratantes, inclusive no mérito de meios alternativos de pagamento.

Para que se torne possível começar a dar lugar às criptomoedas como objeto de obrigações é necessário encontrar o lugar mais conveniente a elas, afinal, seria muito fácil desde logo simplesmente colocá-las como obrigações de dar coisa certa ao invés de obrigação pecuniária.

Assim, é imprescindível fazer aqui uma reflexão sobre o assunto, é possível sim ajustar as criptomoedas como coisa certa, aplicando as regras gerais que se dão as obrigações pecuniárias, por regras gerais entenda-se correção monetária, cobrança de juros moderados, com exceção do nominalismo que prejudicaria em demasiado o mercado.

---

[74] Assim e baseado em dita indefinição, a interpretação desta área técnica é a de que as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos do disposto no artigo 2º, V, da Instrução CVM nº 555/14, e por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida. In: CVM. Ofício circular SIN n°1/2018. **Investimento, pelos fundos de investimento regulados pela Instrução CVM nº 555/14, em criptomoedas**. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf. Acesso em: 19 de maio de 2020.

No entanto, essa disposição cercearia os usos de moedas alternativas nos limites da Lei Nº 8.880, de 27 de maio de 1994, a qual institui o Real e delibera seu uso nos termos:

> I - Nos preços públicos e tarifas dos serviços públicos;
> II - Nas etiquetas e tabelas de preços;
> III - Em qualquer outra referência a preços nas atividades econômicas em geral, exceto em contratos, nos termos dos arts. 7º e 10;
> IV - Nas notas e recibos de compra e venda e prestação de serviços;
> V - Nas notas fiscais, faturas e duplicatas. [75]

Portanto, seria necessário, o reconhecimento de pecúnia para que tais moedas pudessem dispor de equivalência legal e fática em vista dos negócios jurídicos e em tempo futuro maior abrangência de mercado.

Nesse caso os mesmos contratos poderiam ser feitos com relação ao governo que pode escolher em qual moeda receber tributos e impostos, e se a moeda governamental cair em qualidade com relação as moedas privadas, então será apenas consequência de sua própria ingerência ou incapacidade de participar em um mercado competitivo[76].

Em último efeito uma lei estatal em um contexto de competição de moedas é o mesmo que se um competidor tivesse o poder de limitar todos os outros competidores, criando uma relação enganosa e desigual nesse mercado assumindo

[75] Lei Nº 8.880, de 27 de maio de 1994. Brasil. **Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências.**

[76] HAYEK, Friedrich August. **A Desestatização do Dinheiro**. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2011, p. 62.

o risco de violar os princípios da atividade econômica consagrados no art. 170 da Constituição Federal[77].

Não se pode dizer que isso nunca foi feito, pois como esclarecido por Venosa:

> Na redação do art. 431 do Código Comercial de 1850, era possível às partes estipular qualquer pagamento em dinheiro mediante certa e determinada espécie de moeda, nacional ou estrangeira. Era lícita, portanto, a convenção da chamada cláusula ouro, ou o pagamento em moeda estrangeira. [78]

Os negócios jurídicos realizam-se com a declaração da vontade e seus efeitos são os definidos pela própria declaração e dentro do que a ordem jurídica permite.[79] Nisso, se o ordenamento jurídico brasileiro reconhecesse como dinheiro, ou tão somente moeda, as partes poderiam celebrar os contratos costumeiros ajustando conforme as necessidades individuais ou coletivas normas jurídicas individualizadas.

A autonomia da vontade que se dá através dos negócios jurídicos, mais especificamente nesse caso aos contratos[80], é essencial para que a competição de moedas emergente possa alcançar sucesso, afinal a livre escolha é que alimenta o melhor interesse social[81]. Um fornecedor de moedas só pode depender ou do monopólio, como o governo, ou da demanda, e a demanda é formada por indivíduos

---

[77] BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 170.

[78] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. V.2. 13ª Ed. São Paulo. Atlas. 2013, p. 70.

[79] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2015, p. 332.

[80] "A liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos). " In: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. V.2. 13ª Ed. São Paulo. Atlas. 2013, p. 391.

[81] FRIEDMAN, Milton. **Livre para escolher.** 2ª Ed. Editora Record. Rio de Janeiro. 2015, p. 27.

cheios de vontade de adquirir um ou outro serviço que será prestado de acordo com a vontade da maioria e, portanto, alcançando o melhor resultado social.[82]

O problema da intervenção[83], cada dia mais o Estado tem se tornado um tanto mais paternalista, Mises explana:

> O intervencionismo procura manter a propriedade privada dos meios de produção. No entanto, ordens autoritárias, especialmente proibições, restringem as ações dos proprietários. Se essas restrições fizerem com que todas as decisões importantes sejam tomadas de forma autoritária, se o motivo não é o lucro dos proprietários, capitalistas e empresários, mas razões de Estado, o que vai decidir como e o que deve ser produzido, teremos, então, o socialismo, mesmo que se continue a empregar a expressão "propriedade privada.[84]

"*A visão de que o papel do governo é servir como um pai encarregado da obrigação de exercer coerção sobre alguns para ajudar os outros"*[85]*,* alimentou uma premissa intervencionista a qual as criptomoedas, em especial o bitcoin, *"[...] almeja*

[82] "A economia de mercado, é o sistema em que a cooperação dos indivíduos na divisão social do trabalho se realiza pelo mercado. E esse mercado não é um lugar: é um processo, é a forma pela qual, ao vender e comprar, ao produzir e consumir, as pessoas estão contribuindo para o funcionamento global da sociedade. " In: MISES, Ludwig Von. **As Seis Lições**. 7ª edição. São Paulo. Instituto Ludwig von Mises Brasil. 2009, p. 27.

[83] "A excessiva intervenção na ordem econômica privada ocasiona distorções a longo prazo. A legislação do inquilinato é exemplo típico. A denominada proteção ao inquilino desestimula as construções e, consequentemente, faltam imóveis para locar. " In: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. V.2. 13ª Ed. São Paulo. Atlas. 2013, p. 392.

[84] MISES, Ludwig Von. **Uma crítica ao intervencionismo**. 2ª Ed. São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2010, p. 17.

[85] FRIEDMAN, Milton. **Livre para escolher**. 2ª Ed. Editora Record. Rio de Janeiro. 2015, p. 33.

evitar, pois não é uma criatura do Estado, é uma invenção e evolução do mercado que independe do consentimento do poder público".[86]

Colocar as criptomoedas sob o escrutínio do legislador é para elas antinatural, desenvolver políticas monetárias de preços e controle não é desejável[87] e tende a ser pouco eficaz, pois são criadas por diferentes emissores que não necessariamente podem ser tocados pelas leis nacionais, um grande exemplo é Satoshi Nakamoto, que tanto pelo uso do pseudônimo como pela sua atuação inteiramente virtual não pode ser encontrado por nenhum dos países até o presente momento.

Outro dos atrativos em deixar que contratos sejam realizados liberalmente pelas partes é que os gastos da máquina Estatal que seriam empregados em criar e fiscalizar uma nova lei sobre um novo mercado, poderiam ser redirecionados para outros assuntos de maior urgência.

"*Um meio legal de pagamento, não precisa necessariamente ser designado por lei. Basta que a lei permita que um juiz decida em que tipo de dinheiro um determinado débito pode ser liquidado.* "[88] Dessa maneira, as partes podem deixar previamente estabelecidas formas de pagamento alternativas, incluindo a moeda nacional, a discricionariedade das partes nesse sentido seria legítima da autonomia das vontades, contando com uma parcela muito pequena da interferência legislativa e judicial.

---

[86] ULRICH, Fernando. Bitcoin: **A Moeda Na Era Digital.** São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2014, p. 105.

[87] HAYEK, Friedrich August. **A Desestatização do Dinheiro**. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2011, p. 117.

[88] HAYEK, Friedrich August. **A Desestatização do Dinheiro**. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2011, p. 45.

No entanto, somente o uso de contratos como meio regulador das criptomoedas deixa o mercado vulnerável visto que não concede tantas garantias quanto uma lei poderia, garantias essas que podem não ter sido ponto de ponderação entre os contratantes.

Ou seja, na perspectiva dos contratos as partes ficam à mercê das leis, ou condições, que elas criam entre si, abrindo uma janela cinzenta enorme de erros que podem acontecer no momento de disposição do acordo, mesmo que o Estado tente prevenir, a eficácia é limitada[89].

Também não é impossível que o mercado não esteja pronto para analisar os diferentes tipos de moedas, pois, está condicionado a lidar apenas com um tipo de dinheiro e com a *"comodidade de não ter que, ocasionalmente, analisar as vantagens de usar um tipo diferente de dinheiro*"[90].

3.2 O Estado da arte

Atualmente, não existe uma lei apropriada no Estado Nacional com relação as moedas virtuais. O que se encontra de fato são orientações dos órgãos governamentais como por exemplo o comunicado de nº 25.306 de fevereiro de 2014 do BACEN que diz:

[89] Para qualquer negócio jurídico, e não apenas aos contratos, aplicam-se as regras sobre capacidade do agente, forma e objeto, assim como em relação às normas sobre os vícios de vontade de vícios sociais. O Código mantém tal estrutura, sob o título "negócios jurídicos". In: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. V.2. 13ª Ed. São Paulo. Atlas. 2013, p. 379.

[90] HAYEK, Friedrich August**. A Desestatização do Dinheiro.** Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2011, p. 31.

> O Banco Central do Brasil esclarece, inicialmente, que as chamadas moedas virtuais não se confundem com a "moeda eletrônica" de que tratam a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação infralegal. Moedas eletrônicas, conforme disciplinadas por esses atos normativos, são recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento denominada em moeda nacional. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais possuem forma própria de denominação, ou seja, são denominadas em unidade de conta distinta das moedas emitidas por governos soberanos, e não se caracterizam dispositivo ou sistema eletrônico para armazenamento em reais.[91]

Nesse comunicado fica clara a distinção entre as moedas eletrônicas e virtuais, o que deu sentido a outros entendimentos, como por exemplo que moedas virtuais como criptomoedas seriam entendidos não como dinheiro, mas um ativo financeiro. O BACEN fez ainda outro comunicado em 14 de novembro de 2017[92] ratificando o comunicado anterior.

Na instrução normativa de nº1888 de 3 de maio de 2019[93], a Receita Federal declarou que tais ativos financeiros deveriam ser declarados para fins de cobrança do Imposto de Renda.

---

[91] BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 25306, de 19/02/2014. **Riscos decorrentes da aquisição das chamadas "moedas virtuais" ou moedas criptografadas" e da realização de transações com elas.** Disponível em: https://diarios.s3.amazonaws.com/DOU/2014/02/Secao_3/pdf/20140220_105.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1589375920&Signature=1Y%2B6XY3esGIR9DRFrpG8Q10QVIA%3D. Acesso em: 13 de maio de 2020.

[92] BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 31.379, de 14 de novembro 2017. **Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais.** Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/2017246/Voto_2462017_BCB.pdf. Acesso em: 13 de maio de 2020.

[93] A instrução normativa 1888 de 3 de maio de 2019 foi parcialmente alterada pela instrução normativa de nº1899 de 11 de julho de 2019. No entanto as mudanças foram dotadas de caráter burocrático, não essencial ao contexto.

A partir dessa instrução normativa o conceito jurídico de criptoativos tomou a seguinte forma:

> I - Criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal;[94]

Na mesma instrução normativa, verificou-se conceitos de Exchange[95], a possibilidade e obrigatoriedade em declarar e pagar tributos pela atividade econômica em criptoativos.

A Comissão de valores Mobiliários (CVM) pronunciou-se no sentido de que algumas criptomoedas são compatíveis com valores mobiliários e por tanto estariam sob a regulamentação específica já existente.[96]

> O que determina se uma operação de ICO[97] estará ou não sujeita à regulamentação o mercado de valores mobiliários é a natureza dos ativos

[94] RFB - Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal nº1888 de 3 de maio de 2019. **Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB**). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 de maio de 2019. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592. Acesso em: 13 de maio de 2020.

[95] Exchange de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

[96] CVM. Série Alertas: Criptoativos. Julho de 2018, p. 4. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf. Acesso em: 14 de maio de 2020.

[97] Initial Coin Offering: ICOs como captações públicas de recursos, tendo como contrapartida a emissão de ativos virtuais, também conhecidos como tokens ou coins, junto ao público investidor. In: CVM, Initial

> virtuais emitidos na operação. Se os direitos caracterizarem o ativo como valor mobiliário, a operação, os emissores e demais agentes envolvidos estarão obrigados a cumprir a legislação e a regulamentação da CVM.[98]

Vê-se que a atividade normativa se ateve a delinear conceitos básicos, que deixam em aberto boa parte do novo território tecnológico formado pelas criptomoedas.

Existem projetos de lei (PL) no sentido de dar forma jurídica a esse novo mercado em expansão, são esses os seguintes: PL 2303/15; PL 2060/2019; PL 3825/2019 e o PL 3949/2019. Os projetos ainda não foram apreciados pelas respectivas câmeras e aguardam tramitação.

O PL 2303/15 propõe a adequação das Leis 12.865, de 09 de outubro de 2013 (Das competências do Banco Central), Lei 9.613, de 03 de março de 1998 (Dos crimes de lavagem de dinheiro, ocultação de bens e cria a COAF) e Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Direitos do Consumidor).

Esse Projeto de Lei foi criado pelo Deputado Aureo Ribeiro, que em 2019 propôs novo Projeto de Lei de nº 2060/2019 que dispõe sobre Criptoativos englobando ativos utilizados como meio de pagamento, reserva de valor, utilidade e valor

Coin Offering. Notícias 11/10/2017. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html. Acesso em: 14 de maio de 2020.

[98] CVM. Série Alertas: Criptoativos. Julho de 2018, p. 4. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf. Acesso em: 14 de maio de 2020.

mobiliário, e sobre o aumento de pena para o crime de “pirâmide financeira”, bem como para crimes relacionados ao uso fraudulento de Criptoativos.[99]

Diferente da primeira proposta essa tem um cunho conceitual, e cria um novo ambiente regulamentar para os criptoativos, se for aprovada.

No mesmo sentido o senador Styvenson Valentin criou o Projeto de Lei 3949/2019 que dispõe sobre transações com moedas virtuais e estabelece condições para o funcionamento das exchanges de criptoativos; e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de capitais, e a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional.[100]

O PL do senador Valentin confere o poder normativo complementar ao Bacen, e estabelece regras gerais sobre as atividades de exchanges e outros que usem criptoativos.

O senador declara que o objetivo não é burocratizar a atividade virtual impondo ao Estado a tarefa de controlar o uso e a emissão de moedas virtuais e exigir uma licença para tanto, mas criar uma segurança jurídica para o desenvolvimento do mercado.[101]

---

[99] BRASIL, Projeto de Lei 2060/2019. Câmara Federal. Brasília. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470. Acesso em 13 de maio de 2020.

[100] BRASIL, Projeto de Lei 3949/2019. Senado Federal. Brasília Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137644. Acesso em 13 de maio de 2020. **Caput**, p. 1.

[101] BRASIL, Projeto de Lei 3949/2019. Senado Federal. Brasília Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137644. Acesso em 13 de maio de 2020. **Justificativas**, p. 6.

Por fim o Projeto de Lei 3825/2019 do Senador Flavio Arns vem no sentido de disciplinar os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação.[102]

O projeto de Lei do senador Flavio Arns tem um modelo bem aberto e conceitual, delimitando:

> a) Conceitos de criptoativo, plataforma eletrônica e Exchange de criptoativos;
> b) Diretrizes que devem nortear o mercado de criptoativos;
> c) Sistema de licenciamento das Exchanges de criptoativos, contendo requisitos e obrigações mínimas às empresas para que possam ser autorizadas a negociar regularmente criptoativos no Brasil, dando segurança e credibilidade ao mercado e protegendo o investidor e a ordem econômico-financeira do país;
> d) O ente público para atuar na regulação, supervisão e fiscalização do mercado de criptoativos, qual seja, o Banco Central do Brasil;
> e) Que os criptoativos, em regra, não se submetem à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários, exceto quando se revestirem de característica de valor mobiliário mediante oferta pública para captação de recursos da população, o que costuma ocorrer em práticas de Initial Coin Offering (ICO);
> f) Que o setor de criptoativos submeter-se-á às medidas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e outras práticas ilícitas previstas na Lei nº 9.613, de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro);
> g) Tipo penal específico com penas rigorosas para combate à gestão fraudulenta ou temerária de Exchanges de criptoativos, com agravante para a prática de pirâmide financeira, tendo em vista que o atual crime geral de pirâmide financeira previsto no inciso IX do art. 2º da Lei nº 1.521 de 26 de

[102] BRASIL, Projeto de Lei 3825/2019. Senado Federal. Brasília Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137512. Acesso em 13 de maio de 2020. **Caput**, p. 1.

> dezembro de 1951 possui penas em patamares irrisórios, que sequer vem sendo aplicado pelo Poder Judiciário dada sua inocuidade.[103]

Dessa maneira se demonstra como a tendência regulatória é mais conceitual, determinando como o que as criptomoedas significam jurídicamente, não abordando muito sobre seu uso. No entanto, mostra uma um interesse maior em regulamentar as atividades das exchanges, e sua atuação no mercado, não fica prevista também nenhuma regulamentação sobre os emissores, e sua atividade bancária.

CONCLUSÃO

Criptomoedas são mais acessíveis que as moedas fiduciárias, uma vez que são inteiramente digitais, são mais baratas por não usarem um terceiro intermediário e servem para a realização de transações de caráter global em minutos. Criptomoedas também são uma potencial arma contra a pobreza, aumentando o acesso a serviços financeiros básicos a custos mínimos. Elas também funcionam como válvula de escape para pessoas que vivem em nações com controles de capitais estritos, como por exemplo a Venezuela.

Ademais, um mercado de moedas não é mais uma realidade distante, pois cada vez mais se encontram novos emissores, novos usuários que procurar fugir da depreciação da moeda nacional.

---

[103] BRASIL, Projeto de Lei 3825/2019. Senado Federal. Brasília Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137512. Acesso em 13 de maio de 2020. **Caput, p.** 10 - 11.

Embora muitos crimes possam acontecer usando criptomoedas, como por exemplo a lavagem de dinheiro, sequestro, tráfico de drogas entre outros, "*seu uso é neutro e não pode ser vinculado à atividades ilícitas, cabe ao campo jurídico entender que qualquer restrição ao seu uso seria um prejuízo àqueles que o utilizam para fins legítimos"*[104]. Em essência, a legislação atual não deveria ser um empecilho para o desenvolvimento desse mercado sem analisar os benefícios e prejuízos específicos que esse mercado proporcionaria à população.

Portanto, embora não exista a necessidade real de uma lei abrangente quanto às aplicações das criptomoedas, é imprescindível que a legislação se abra para a circulação de moedas particulares para o desenvolvimento do mercado ainda que com amparo legislativo. No momento em que a criptomoeda for um meio de troca, uma reserva de valor e uma unidade de conta[105], ela estará pronta para adquirir o status de dinheiro, restando apenas o amparo legal.

Por fim, criptomoedas são um alimento para a liberdade individual, e só podem evoluir com base na autonomia da vontade. São *"[...] uma criação social, uma resposta natural ao colapso da atual ordem monetária"*[106]*.* Nas palavras de Friedman, "*a liberdade econômica é uma condição essencial para a liberdade política".*[107]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

[104] MANSUR GIBRAN, Sandro. LIMA, Sandra Mara Maciel. JÚNIOR, Sergio Itamar Alves. KOSOP, Roberto José Covaia. **O Bitcoin E As Criptomoedas:** Reflexos Jurídicos Em Um Comércio Globalizado. Administração de Empresas Em revista. v. 15, n. 16 (2016). Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2413. Acesso em: 19 de maio de 2020, p. 16.

[105] ULRICH, Fernando. Bitcoin: **A Moeda Na Era Digital.** Instituto Ludwig Von Mises Brasil. São Paulo. 2014, p. 95.

[106] ULRICH, Fernando. Bitcoin: **A Moeda Na Era Digital**. São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2014, p. 105.

[107] FRIEDMAN, Milton. **Livre para escolher**. 2ª Ed. Editora Record. Rio de Janeiro. 2015, p. 23.

ARNOLD, Juliana de Jesus**. A Moeda Digital:** A Viabilidade Ou Não De Uma Moeda Descentralizada. 2014. 58f. Trabalho de Conclusão de Curso (Ciências Econômicas). Universidade Federal do Paraná. UNESPAR. Apucarana. 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 25306, de 19/02/2014. **Riscos decorrentes da aquisição das chamadas "moedas virtuais" ou moedas criptografadas" e da realização de transações com elas**. Disponível em: <https://diarios.s3.amazonaws.com/DOU/2014/02/Secao_3/pdf/20140220_105.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1589375920&Signature=1Y%2B6XY3esGlR9DRFrpG8Q10QVIA%3D>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 31.379, de 14 de novembro 2017. **Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/2017246/Voto_2462017_BCB.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2020

BASSOTO, LUCAS. **Ethereum: uma análise completa**. Coin Times. Disponível em: https://cointimes.com.br/avaliacao-de-criptomoedas-ethereum/. Acesso em: 19 de maio de 2020.

BIANCOLINI, Adriano. **Crise Institucional, Compliance e Blockchain**: uma visão conciliatória para o que está por vir. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/267628/crise-institucional-compliance-e-blockchain-uma-visao-conciliatoria-para-o-que-esta-por-vir>. Acesso em 30 de março de 2020.

BIANCOLINI, Adriano. SILVA, Fernando C. D. OSTI, Joelson Ribas**. Como a tecnologia blockchain vem impactando, ou pode impactar nas estruturas administrativas estatais**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Curitiba. V. 3. Nº 3. P. 195-234. Dez, 2018.

BITCOINS.NET. **Double Spend**. Bitcoins.net. Disponível em: http://bitcoins.net/guides/double-spend acesso em 30 de março de 2020.

BOFF, Salete Oro. FERREIRA, Natasha Alves. **Análise dos benefícios sociais da Bitcoin como moeda.** Anuario Mexicano de Derecho Internacional**.** México. V.16. 2016, P. 499-523. 2016. Disponível em: https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1870465417300156?token=67A68AAB1F48DF3E0F62E46D2F26C3388F678E98414C4C1D01A499AF98672EACCD3D7AE05044685B188478279775C64D. Acesso em: 30 de março de 2020.

BRASIL, Lei Nº 8.880, de 27 de maio de 1994. **Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências.** Brasília. Congresso Nacional.

BRASIL, Projeto de Lei 2060/2019. Câmara Federal. Brasília. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470. Acesso em 13 de maio de 2020.

BRASIL, Projeto de Lei 3825/2019. Senado Federal. Brasília Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137512. Acesso em 13 de maio de 2020

BRASIL, Projeto de Lei 3949/2019. Senado Federal. Brasília Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137644. Acesso em 13 de maio de 2020.

BRASIL. Decreto Nº 9.580, De 22 De Novembro De 2018, **Tributação das Pessoas Físicas.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9580.htm#art4. Acesso em 19 de maio de 2020.

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

CRIBARI-NETO, Francisco; CASSIANO, Keila M. **Uma análise da dinâmica inflacionária brasileira.** Rev. Bras. Econ. Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, p. 535-566, Dec. 2005 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003414020050004000002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 de maio de 2020.

CVM, Notícias 11/10/2017. **Initial Coin Offering**. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html. Acesso em: 14 de maio de 2020.

CVM. Ofício circular SIN n°1/2018. **Investimento, pelos fundos de investimento regulados pela Instrução CVM nº 555/14, em criptomoedas.** Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf. Acesso em: 19 de maio de 2020.

CVM. Série Alertas: **Criptoativos.** Julho de 2018. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf. Acesso em: 14 de maio de 2020.

DIVULGADOR DE NOTÍCIAS, DINO. GOMES, Daniel de Paiva**. Moedas digitais, moedas eletrônicas, moedas virtuais e criptomoedas: sinônimos ou termos com significado próprio**? Especialista explica o que são moedas digitais e quais os cuidados para investir nelas. 24 de janeiro de 2020. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/dino/moedas-digitais-moedas-eletronicas-moedas-virtuais-e-criptomoedas-sinonimos-ou-termos-com-significado-proprio,802ab7ee3263ecd7d9ef8d21133cbbf19cjs1sb1.html. Acesso em: 28 de abril de 2020.

FOXBIT. **Quais são as diferenças entre "criptomoeda" e "moeda digital"?** Foxbit. 14 de novembro de 2019. Disponível em: https://foxbit.com.br/blog/quais-sao-as-diferencas-entre-criptomoeda-e-moeda-digital/. Acesso em: 28 de abril de 2020.

FOXBIT. **Saiba o que é a função Hash na mineração de Bitcoins e Altcoins. Cointimes.** Foxbit. Disponível em: https://cointimes.com.br/o-que-e-a-funcao-hash-na-mineracao-de-bitcoins/. Acesso em 30 de março de 2020.

FRIEDMAN, Milton. **Livre para escolher**. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Record. 2015.

HAYEK, Friedrich August. **A Desestatização do Dinheiro**. São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2011.

HAYEK, Friedrich August. **Os Erros Fatais do Socialismo**. São Paulo. Faro Editorial. 2017.

INNES, A. Mitchell. **What is Money?** The Banking Law Journal. 1913. Disponível em: https://www.community-exchange.org/docs/what%20is%20money.htm. Acesso em: 20 de março de 2020.

IORIO, Ubiratan Jorge**. Dez Lições Fundamentais De Economia Austríaca.** São Paulo. Instituto Mises Brasil. 2013.

KEYNES, Lord John Maynard. **A Treatise on Money.** Macmillan. Londres. 1914.

KEYNES, Lord John Maynard. **The Pure Theory of Money.** Macmillan. Londres. 1924.

KNAPP, Georg Friedrich. **The State Theory of Money**. Macmillan. 1924.

MANSUR GIBRAN, Sandro. LIMA, Sandra Mara Maciel. JÚNIOR, Sergio Itamar Alves. KOSOP, Roberto José Covaia. **O Bitcoin E As Criptomoedas:** Reflexos Jurídicos Em Um Comércio Globalizado. Administração de Empresas Em revista. v. 15, n. 16. 2016. P. 117-134. 2016. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2413. Acesso em: 19 de maio de 2020.

MAZARS. **Accounting for Cryptoassets under US GAAP and IFRS.** Trad. STERLAY,Andre. LEROY, Antoine. Ad. NÓBREGA, Carolina. Rev. MUTINELLI, Éder. Mazars Brasil. Disponível em: https://por.mazars.com.br/Pagina-Inicial/Nossa-expertise/Consultoria/Criptomoedas-Regulamentacao-e-Contabilizacao. Acesso em: 30 de março de 2020.

MELLOR, Mary. **The Future of Money:** From Financial Crisis to Public Resource. Pluto Press. 2010.

MENGER, Carl. **A Origem do Dinheiro**. São Paulo. Instituto Rothbard Brasil. 2017. Disponível em: http://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/2017/08/Sobre-A-Origem-Do-Dinheiro-Carl-Menger-1.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2020.

MISES, Ludwig Von. **As Seis Lições**. 7ª edição. São Paulo. Instituto Ludwig von Mises Brasil. 2009.

MISES, Ludwig Von. **The Theory of Money and Credit**. Alabama. Ludwig Von Mises Institute. 2009.

MISES, Ludwig Von. **Uma crítica ao intervencionismo.** 2ª Ed. São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 37ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2015.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin:** A Peer-to-Peer Electronic Cash System. 2008. Disponível em: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf. Acesso em 31 de março de 2020.

PEDROSO, Bill. **MMT: O Pós-Modernismo Na Economia.** Objetivismo: A Filosofia de Ayn Rand. Disponível em: https://objetivismo.com.br/artigo/mmt-o-pos-modernismo-na-economia. Acesso em: 24 de março de 2020.

PIRES, Timóteo Pimenta. **Estudo Da Tecnologia Blockchain E Suas Aplicações Para Provimento De Transparência Em Transações Eletrônicas**. Publicação PPGENE.TDXXA/2016, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 2016.

RFB - Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal nº1888 de 3 de maio de 2019. **Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 de maio de 2019. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592. Acesso em: 13 de maio de 2020.

SEVERINO, Antônio Joaquim**. Metodologia do Trabalho Científico**. 24ª Ed. Rev. E Atual. São Paulo. Editora Cortez. 2016.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: Investigação sobre a sua natureza e suas causas. São Paulo. Abril Cultural. 1983.

STELLA, Júlio César. **Moedas Virtuais no Brasil:** como enquadrar as criptomoedas. Revista da PGBC, v. 11, n. 2, p. 149-162. Brasília, dez. 2017,. Disponível em:https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/download/26/A9%20V.11%20-%20N.2. Acesso em: 28 de abril de 2020.

TELLES, C. M. S. **Sistema Bitcoin, Lavagem de Dinheiro e Regulação**. 2018. Dissertação Mestrado (Direito da Regulação) - Escola de Direito do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27350/DISSERTACAO-FINAL-13fev19-Christiana%20M%20S%20Telles.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 31 de março de 2020.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin:** A moeda na era digital. São Paulo. Instituto Mises Brasil. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. V.2. 13ª Ed. São Paulo. Atlas. 2013.

REVISTA DIREITO FAE

AÇÃO POPULAR DE EXIGIR CONTAS: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA DA NOVA TEORIA DOS PROCEDIMENTOS PARA O CONTROLE DE GASTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

POPULAR ACTION TO DEMAND ACCOUNTS: A VIEW UNDER THE PERSPECTIVE THE NEW THEORY OF PROCEDURES FOR THE CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION EXPENSES

Amanda BORTOLOTTI[1]

Cristina Bichels LEITÃO[2]

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar a ação popular e a ação de exigir contas, bem como de propor a criação de um procedimento que congregue as funções dos referidos ritos especiais. A proposta visa a fornecer meios para que o cidadão obtenha com facilidade, por meio do Poder Judiciário, dados de contas públicas de maneira específica e detalhada. A Lei Complementar nº 131/2009 determinou a exposição dos gastos da Administração Pública, o que é realizado por meio de portais

[1] Especialista em Direito Processual Civil pela FAE Centro Universitário; Bacharel em Direito pela FAE Centro Universitário; Assessora de juiz no Tribunal de Justiça do Paraná – Gabinete da 1ª Vara Cível de São José dos Pinhais.

[2] Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Advocacia Pública (2015). Procuradora do Estado do Paraná. Professora de Direito Processual Civil, Negociação, Mediação e Arbitragem da FAE Centro Universitário. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Árbitra (ARBITAC). Conselheira da OAB na Seccional do Paraná. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB/PR.

eletrônicos. Contudo, isso não é suficiente para proporcionar o acesso completo das contas públicas. Dessa forma, o procedimento desenvolvido neste ensaio poderá proporcionar a demonstração clara quanto à destinação dos valores indicados nos "portais da transparência", o que pode ser uma forma eficiente e democrática do controle dos gastos do Poder Público.

PALAVRAS-CHAVE: Ação De Exigir Contas. Ação Popular. Fiscalização das contas públicas.

ABSTRACT

The present study aim to analyze the popular action and the action to demand accounts, as well as to propose creation a procedure that congregate the functions of said special rites. the proposal aims to provide means so that the citizen get get it easy, through the Judiciary, public account data in a specific and detailed way. The Complementary Law nº 131/2009 determined the exposure of spending on government, what is accomplished through electronic portals. However, this is not enough to provide full access to public accounts. In this way, the procedure developed in this study could provide the clear demonstration regarding the destination of the values indicated in the "transparency portals", which can be an efficient and democratic way of controlling government spending.

KEY-WORDS: Action To Demand Accounts. Popular Action. Inspection of public accounts.

1 INTRODUÇÃO

No processo civil é possível a adoção do rito comum e de ritos especiais previstos no Código de Processo Civil e em leis esparsas. O foco deste ensaio é abordar dois ritos

especiais: a ação popular (Lei nº 4.717/1965) e a ação de exigir contas (art. 550 e seguintes da Lei nº 13.105/2015).

A proposta é realizar a análise panorâmica de cada um dos procedimentos, com apresentação de conceitos, cabimento e finalidade processual, a fim de encontrar o direito cabível à prestação efetiva de contas da Administração Pública.

A ação de exigir contas tem o objetivo de expor os valores gastos e a sua destinação; já a ação popular busca invalidar atos administrativos que lesem o patrimônio público[3]. Os procedimentos se entrelaçam para a finalidade deste artigo, visto que possuem características de proporcionar maior participação democrática, acesso e análise das contas públicas.

A base fundamental para a elaboração deste tema foi o livro "Por uma nova teoria dos procedimentos especiais – dos procedimentos às técnicas" dos autores Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha[4], que apresenta um novo prisma sobre as regras procedimentais e a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro.

Sucessivamente à apresentação da importância da melhor utilização das regras procedimentais, será abordada a necessidade do procedimento da *ação popular de exigir contas*, com enfoque sobre a tutela administrativa e princípios norteadores do processo civil, como duração razoável do processo.

Ao final será analisado o procedimento elaborado, a melhor maneira de utilizá-lo nas demandas envolvendo prestação de contas do Poder Público e as particularidades que o envolvem.

O método utilizado para a realização da pesquisa foi o dedutivo, o qual se vale da lógica para alcançar o resultado, tendo em vista que foi necessário inferir para alcançar o resultado almejado.[5]

---

[3] BRASIL. Art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 08 setembro 2020.

[4] DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

[5] HENRIQUE, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica.** – 9 ed., rev. e refom. – São Paulo: Atlas, 2017 (livro digital).

2 A NOVA TEORIA DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS PROPOSTA POR FREDIE DIDIER JR, ANTONIO DO PASSO CABRAL E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Conforme lição de Fredie Didier Jr,[6] procedimento "*é o conjunto de atos organizados tendentes a produção de um ato final. Além de uma organização de atos, o procedimento define também as diversas posições jurídicas de que os diversos sujeitos do procedimento serão titulares*". Quando da propositura de uma demanda, deve ser adotado o procedimento adequado à tutela do direito buscado.

No sistema processual civil brasileiro, é possível adotar o procedimento comum, regrado nos artigos 318 e ss. do CPC ou algum dos procedimentos especiais previstos no CPC ou em leis extravagantes. Saber qual o procedimento que o direito material exige é de extrema importância, pois isso trará as regras que serão adotadas no processo, bem como a ordem dos atos processuais.

O procedimento comum é visto como o padrão, utilizado para diversas situações jurídicas em que não há um rito específico[7]. Esta tutela neutraliza a

[6] DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento.** 19ª edição, 2017, v. 1, Editora JusPodivm, Salvador, p. 321.

[7] DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais.** – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 18.

diferença entre os direitos, visto que expressa uma proteção jurisdicional igual para todas as situações substanciais.[8]

O art. 318 do Código de Processo Civil estabelece que o procedimento comum será aplicado de forma subsidiária ao especial. Dessa maneira, quando a legislação não determinar um procedimento específico para aquele direito material, aplicar-se-ão as regras estabelecidas no comum.

Já para tutelar alguns direitos materiais específicos são criadas, por lei[9], técnicas processuais no campo jurisdicional[10], denominadas procedimentos especiais.

Cada procedimento especial possui características próprias e o critério para adotá-lo decorre da especialidade.[11] Nessa esteira, considera-se especial "*todo aquele procedimento que tiver alguma peculiaridade que o distinga do comum*."[12]

Os procedimentos especiais estão instituídos na Lei nº 13.105/2015, artigos 539 a 770. Todavia não se trata de um rol taxativo, visto que há diversas leis esparsas que regulamentam procedimentos diferidos, como as Leis nº 4.717/1965 (Ação Popular), 12.016/2009 (Mandado de Segurança), dentre outras.

---

[8] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados.** Volume 03 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 26.

[9] DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais.** – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 21.

[10] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** Livro eletrônico. Volume 02. – 3. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 10.

[11] LEITÃO, José Ribeiro. **Aspectos de teoria geral dos procedimentos especiais.** Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJ/DF, abril, 1985, p. 29.

[12] DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais.** – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 22.

Logo, para se valer do procedimento especial deve haver previsão legal e o direito material subsumir-se àquela previsão.[13]

De acordo com a retro explicação, para que haja a aplicação do procedimento especial é preciso legislação prévia. Contudo, há um problema nesta sistemática.

Destaca-se, para o início da discussão, que "*tanto o procedimento quanto as técnicas processuais só existem para atender aos direitos*"[14] e que a legislação é que escolhe, por convenção política ou conveniência, os procedimentos que terão o regramento próprio.[15]

Diante dessa premissa, a fim de olhar para o direito material a ser tutelado, deve haver o reconhecimento ao procedimento adequado.[16] Assim, para realizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é necessária a possibilidade do uso de técnicas processuais adequadas à especificidade do caso concreto.[17]

Ocorre que é notória a impossibilidade da legislação de abarcar todas as formas de procedimentos específicos para cada direito almejado. Dessa maneira, o legislador pode dar à parte ou ao magistrado o poder de adotar técnicas procedimentais que atendam aquele caso concreto. Ainda, pode editar regras

[13] DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais.** – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 35.

[14] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados.** Volume 03 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

[15] DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais.** – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 27-28.

[16] MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno.** 3 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 109.

[17] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados.** Volume 03 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 49.

processuais abertas ou que possibilitem a individualização das técnicas processuais para a tutela a ser pleiteada[18], desde que isso não ocasione prejuízos à parte adversa.

Um exemplo claro e disposto no ordenamento jurídico processual em vigência é o art. 785 do Código de Processo Civil, que pela sua redação propõe que a parte portadora de título com força executiva extrajudicial tem a opção de escolher pelo procedimento comum ou da ação monitória ou da execução extrajudicial.[19]

Com isso, infere-se que a legislação processual em vigência traz a ideia de flexibilização procedimental, a qual permite adaptar peculiaridades do procedimento especial ao caso concreto, de acordo com a opção do titular do direito.[20]

Há diversos exemplos: a) o inciso VI do art. 139 do CPC expressamente autoriza que o juiz dilate os prazos processuais e altere a ordem de produção de provas, tendo em vista as peculiaridades do conflito; b) possibilidade de redistribuição do ônus da prova (art. 373, § 1º, CPC); c) o julgamento antecipado do mérito, em que se pode abreviar o rito processual, com a supressão de uma de suas fases (arts. 355-356, CPC); d) a não realização da audiência de tentativa de autocomposição, se o litígio não admitir autocomposição (art. 334, § 4º, 11, CPC); e) as variantes procedimentais previstas na Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965, arts. 7º e segs.); f) a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar o prazo de resposta, dentro de

[18] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados.** Volume 03 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

[19] DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais.** – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 43.

[20] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados.** Volume 03 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

certos parâmetros (art. 970, CPC); g) adequação do processo em jurisdição voluntária (art. 723, par. ún., CPC) etc.[21]

Destaca-se, ainda, os negócios jurídicos processuais previstos no artigo 190 da Lei Adjetiva Civil. Com esse instituto é possível um diálogo entre as partes e o juiz, a fim de adequar o procedimento por conveniência. Quando implementado, há vinculação do órgão julgador e das partes com as regras estabelecidas.[22]

Além disso, é possível as partes e/ou o magistrado preverem um calendário processual, com o objetivo de promover uma tutela efetiva e tempestiva (art. 139, CPC).[23] Dessa forma, é possível a fixação de datas para prática dos atos processuais, o que está intimamente ligado à duração razoável do processo e ao emprego de meios que acelerem sua conclusão, nos moldes do art. 5º, LXXVIII da CRFB/1988.[24]

Esse mecanismo advém da autonomia da vontade das partes[25] na busca da maior efetividade ao direito material discutido.[26] Isso permite "*a 'construção' de um*

---

[21] DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento.** 19ª edição, 2017, volume 1, editora JusPodivm, Salvador, p. 133.

[22] DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento.** 19ª edição, 2017, volume 1, editora JusPodivm, Salvador, p. 425.

[23] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processual Civil comentado.** 3. ed. – rev., atul., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 320.

[24] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 58ª ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 622.

[25] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 58ª ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 617

[26] MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. *Revista de Processo*, n. 237, nov. 2014, p. 225.

procedimento adequado ao caso concreto, com a interveniência do órgão judiciário e das partes".[27]

Essa alteração procedimental à luz da situação existente abre a possibilidade de edificar uma ação ou procedimento conforme as necessidades substanciais carentes de tutela, adequando-se às particularidades do contexto em litígio.[28]

À vista disso, pela flexibilização procedimental autorizada pelo ordenamento processual civil, a *ação popular de exigir contas* torna-se realidade, com subsídio normativo para sustentar a sua aplicação.

3 AÇÃO POPULAR E AÇÃO DE EXIGIR CONTAS

Este capítulo visa a apresentar o regramento dos procedimentos especiais da ação popular e da ação de exigir contas, estabelecidos na Lei nº 4.717/1965 e no Código de Processo Civil, respectivamente.

3.1 Ação popular

De acordo com Hely Lopes Meirelles, a ação popular pode ser entendida como um meio constitucional disponível a qualquer cidadão a fim de obter a invalidação de atos e contratos administrativos ilegais ou lesivos do patrimônio público, podendo ser federal, estadual, distrital ou municipal, bem como de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público.[29]

---

[27] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados.** Volume 03 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

[28] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados.** Volume 03 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

[29] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 36ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 179.

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) estabeleceu o contorno atual dessa ação, conferindo *status* de remédio constitucional:[30]

> Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

No mais, o microssistema legal de proteção aos interesses ou direitos coletivos possui o caráter de transindividualidade dos interesses tutelados; nesse sentido ensina Teori Savaski[31]:

> [...] não apenas quando seu objeto é a proteção do meio ambiente ou do patrimônio histórico e cultural (direitos tipicamente difusos, sem titular determinado), mas também quando busca anular atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou de entidades de que o Estado tenha participação. Nesse caso, embora o patrimônio tutelado esteja sob o domínio jurídico-formal (= sob a propriedade) de uma pessoa jurídica identificada, ele, real e substancialmente, pertence à coletividade como um todo.

Não há clareza quanto à titularidade direito pleiteado, já que pertence a um grupo do conjunto de indivíduos[32] de determinada região a qual o ato lesivo ou ilegal tem a sua competência e delimitações.

---

[30] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 332.

[31] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2ª ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.

[32] VITORELLI, Eduardo. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos.** 2ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 55.

Ademais, "*o objetivo da ação popular é atacar um ato lesivo determinado, não se prestando ao controle de legalidade de atos abstratos, de caráter normativo, dos quais não resulta nenhuma lesão específica*".[33]

O Superior Tribunal de Justiça também definiu a ação popular:[34]

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APLICABILIDADE DO CPC/1973. NULIDADE DE ATO PÚBLICO. OBJETO DA AÇÃO POPULAR. INTERESSE COLETIVO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IRREGULARIDADE E LESIVIDADE DO ATO PRATICADO. IMPRESCINDÍVEL ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. Nos termos do que decidido pelo Plenário do STJ, "[a]os 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. A ação popular é o meio processual a que tem direito qualquer cidadão que deseje questionar judicialmente a validade de atos que considera lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, da CF/88). Não se trata, *in casu*, de tutela de interesse individual, pois a ação popular se prestou a anular ato ilegal praticado pelo Poder Público em afronta à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, ao interesse coletivo, sendo, portanto, adequada a via eleita. 3. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a ação popular é cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público, porquanto a lesão tanto pode ser efetiva quanto

[33] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 334.

[34] AgRg no REsp 1504797/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016.

> legalmente presumida, visto que a Lei 4.717/1965 estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Precedentes. 4. No que concerne ao entendimento do Tribunal de origem quanto à irregularidade do ato e à lesividade ao erário público para propositura da ação popular, o acórdão recorrido se assentou na plausibilidade jurídica do interesse de agir do autor popular,
> ficando impossibilitada a sua revisão ante o óbice da Súmula 7/STJ. 5. Por fim, o alegado dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes estabelecidos nos artigos 541, parágrafo único, do CPC/1973 e 255, § § 1º e 2º do RISTJ, tendo em vista que não foi realizado o devido cotejo analítico, tampouco foi demonstrada a similitude fática entre os julgados. 6. Agravo regimental não provido. (sem grifo no original)

A referida ação constitucional encontra-se regulada na Lei nº 4.717/1965, que dita o rito a ser seguido, competência, sujeito passivo, dentre outras disposições pertinentes.

3.1.1 Os contornos da ação popular

Do aspecto procedimental, a ação popular possui características do procedimento comum, com aplicação subsidiária das leis gerais do Código de Processo Civil[35]. Dessa forma, é importante expor as diferenças que contemplam a ação popular e as regras do CPC.

O ajuizamento da ação popular pode ser feito por qualquer cidadão para a defesa dos interesses coletivos.[36] Para isso, se exige que a pessoa esteja no gozo de

[35] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2ª ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

[36] SILVA, José Afonso da Silva. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 2.

seus direitos cívicos e políticos, na condição de eleitor.[37] Isso confere aos cidadãos o poder de controlar a Administração Pública, permitindo participação na vida política[38], controle dos gestores públicos e envolvimento da gestão da coisa pública.[39]

Demais cidadãos poderão se habilitar como litisconsortes ou assistentes da parte autora (art. 6º, §5º da Lei nº 4.717/1965) ou assumir o seu lugar em caso de desistência, de acordo com o art. 9º da mencionada legislação.[40]

Já no polo passivo não há especificadamente um tipo de sujeito para integrar a relação jurídica; isso depende de alguns fatores e a espécie de ato impugnado.[41]

> [...] a ação popular impõe a formação de um litisconsórcio passivo necessário entre diversas pessoas, incluídas aquelas responsáveis pela prática do ato lesivo (sejam pessoas públicas ou privadas) e os seus beneficiários diretos. Sendo desconhecidos os beneficiários diretos, ou não havendo beneficiário a ser citado, a demanda deverá ser ajuizada somente contra os outros legitimados passivos (art. 6º, §1º, da LAP).

Por se tratar de uma demanda coletiva, está implícito o interesse público primário, por isso a atuação do Ministério Público é imprescindível[42]. O *parquet* é parte pública autônoma, visto que tem o dever de verificar a "*regularidade do processo, de apressar a*

---

[37] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 36ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 181.

[38] SAVASKI, Teori. P. 71 que foi citado em RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

[39] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 329.

[40] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2ª ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 102.

[41] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 339 e 340.

[42] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo** – 12. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 415.

produção da prova e de promover a responsabilidade civil ou criminal dos culpados",[43] conforme dispõe o art. 6º, § 4º da Lei nº 4.717/1965. A legislação, ainda, prevê que o Ministério Público pode se manifestar favorável ou não ao pedido inaugural, contudo veda "*que assuma a defesa do ato impugnado ou dos réus, isto é, que contradite a inicial, promova provas ou pratique atos processuais contra os autores*."[44]

Um requisito essencial para o ajuizamento da ação é a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade do ato a ser invalidado[45] "*ao patrimônio público (meio ambiente, patrimônio cultural ou histórico) ou estatal (patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe)*."[46]

As hipóteses de cabimento estão previstas nos art. 2º a 4º da Lei nº 4.717/1965 e abrangem os atos considerados nulos perante a Administração Pública; contudo, é considerado um rol exemplificativo.

Não é necessária a ocorrência efetiva do ato, já que a lei não delimitou a questão temporal. A ação pode ser proposta preventiva ou repressivamente[47], dado que o autor pode ingressar com a ação sem ter ocorrido a lesividade, mas apenas com indícios de que ela irá ocorrer.

Assim, uma das finalidades da ação será sempre a cassação do ato administrativo, que poderá ocorrer como uma providência constitutiva negativa (anulação) ou declaratória (nulidade, inexistência ou ineficácia).[48]

---

[43] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 36ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 195.

[44] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 36ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 195.

[45] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 36ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 181.

[46] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 334.

[47] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 36ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 186.

[48] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 334.

A sentença fica limitada à verificação de legalidade do ato e sua lesividade ao patrimônio público; se não houver esses dois vícios no ato impugnado, o pedido tem a improcedência declarada.[49]

Vale ressaltar que o objetivo principal do processo é buscar uma sentença desconstitutiva, para anular o ato lesivo[50] que vai de encontro com a moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio cultural e histórico e/ou fere o patrimônio público.[51]

Além disso, em caso de procedência, deverá ocorrer a condenação em perdas e danos aos responsáveis e seus beneficiários pela prática do ato administrativo, bem como ao pagamento das custas processuais e extrajudiciais diretamente relacionas com a ação, além dos honorários advocatícios.[52]

O art. 14 da LAP dispõe que o *quantum* da indenização deverá ser indicado na sentença;[53] contudo, diante do procedimento desenvolvido neste artigo, a sentença, ou melhor, a decisão interlocutória da 1ª fase da *ação popular de exigir contas* se limitará a verificação da ocorrência ou não do ato lesivo ou ilegal. O valor a ser ressarcido será apurado na 2ª fase com maior clareza e especificidade.

Já se houver a improcedência do pedido, o autor estará sujeito à sucumbência se a lide for reconhecida como "manifestamente temerária", o que lhe causará uma condenação ao pagamento do décuplo das custas (art. 13).[54]

---

[49] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 36ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 183.

[50] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 333.

[51] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 332.

[52] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2ª ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

[53] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 344.

[54] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2ª ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

O mencionado pronunciamento judicial tem uma característica singular, prevista na lei, qual seja, uma penalidade administrativa para o magistrado[55]:

> (não inclusão por dois anos em lista de merecimento e perda de tempo de serviço, equivalente ao do retardamento, para efeito de promoção por antiguidade) ao juiz que, sem justo motivo "comprovado perante o órgão disciplinar competente", deixar de proferir a sentença no prazo estabelecido (art. 7º, parágrafo único).

Ademais, quanto à fase recursal, haverá reexame necessário se a sentença que extinguir o processo não julgar o mérito ou julgar improcedente o pedido da parte autora (art. 19, *caput*)[56]. Todavia nada impede que haja recurso de apelação, interposto pelo autor, Ministério Público ou qualquer cidadão, conforme art. 19, §2º.[57]

3.2 Ação de exigir contas

A ação de exigir contas, antiga prestação de contas no Código de Processo Civil de 1973, tem por escopo fazer alguém expor os débitos e créditos resultantes de uma relação jurídica, a fim de concluir pela apuração aritmética do saldo credor ou devedor, ou ainda de sua inexistência.[58]

---

[55] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2ª ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 103.

[56] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2ª ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

[57] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2ª ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

[58] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume VIII, 8ª ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro, 2001, p. 323.

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PENSÃO ALIMENTÍCIA. ART. 1.583, § 5º, DO CC/02. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. VIABILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. INTERESSE JURÍDICO E ADEQUAÇÃO DO MEIO PROCESSUAL PRESENTES. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE.PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Não há falar em omissão ou negativa de prestação jurisdicional, na medida em que o Tribunal gaúcho dirimiu, de forma motivada, as questões devolvidas em grau de apelação, pondo fim à controvérsia dos autos. 3. O cerne da controvérsia gira em torno da viabilidade jurídica da ação de prestar (exigir) contas ajuizada pelo alimentante contra a guardiã do menor/alimentado para obtenção de informações acerca da destinação da pensão paga mensalmente. 4. O ingresso no ordenamento jurídico da Lei nº 13.058/2014 incluiu a polêmica norma contida no § 5º do art. 1.583 do CC/02, versando sobre a legitimidade do genitor não guardião para exigir informações e/ou prestação de contas contra a guardiã unilateral, devendo a questão ser analisada, com especial ênfase, à luz dos princípios da proteção integral da criança e do adolescente, da isonomia e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, que são consagrados pela ordem constitucional vigente. 5. Na perspectiva do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente e do legítimo exercício da autoridade parental, em determinadas hipóteses, é juridicamente viável a ação de exigir contas ajuizada por genitor(a) alimentante contra a(o) guardiã(o) e representante legal de alimentado incapaz, na medida em que tal pretensão, no mínimo, indiretamente, está relacionada com a saúde física e também psicológica do menor, lembrando que a lei não traz palavras inúteis. 6. Como os alimentos prestados são imprescindíveis para própria sobrevivência do alimentado, que no caso tem seríssimos problemas de

saúde, eles devem ao menos assegurar uma existência digna a quem os recebe. Assim, a função supervisora, por quaisquer dos detentores do poder familiar, em relação ao modo pelo qual a verba alimentar fornecida é empregada, além de ser um dever imposto pelo legislador, é um mecanismo que dá concretude ao princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança ou do adolescente. 7. O poder familiar que detêm os genitores em relação aos filhos menores, a teor do art. 1.632 do CC/02, não se desfaz com o término do vínculo matrimonial ou da união estável deles, permanecendo intacto o poder-dever do não-guardião de defender os interesses superiores do menor incapaz, ressaltando que a base que o legitima é o princípio já destacado. 8. Em determinadas situações, não se pode negar ao alimentante não-guardião o direito de averiguar se os valores que paga a título de pensão alimentícia estão sendo realmente dirigidos ao beneficiário e voltados ao pagamento de suas despesas e ao atendimento dos seus interesses básicos fundamentais, sob pena de se impedir o exercício pleno do poder familiar. 9. Não há apenas interesse jurídico, mas também o dever legal, por força do § 5º do art. 1.538 do CC/02, do genitor alimentante de acompanhar os gastos com o filho alimentado que não se encontra sob a sua guarda, fiscalizando o atendimento integral de suas necessidades materiais e imateriais essenciais ao seu desenvolvimento físico e também psicológico, aferindo o real destino do emprego da verba alimentar que paga mensalmente, pois ela é voltada para esse fim. 9.1. O que justifica o legítimo interesse processual em ação dessa natureza é só e exclusivamente a finalidade protetiva da criança ou do adolescente beneficiário dos alimentos, diante da sua possível malversação, e não o eventual acertamento de contas, perseguições ou picuinhas com a(o) guardiã(ao), devendo ela ser dosada, ficando vedada a possibilidade de apuração de créditos ou preparação de revisional pois os alimentos são irrepetíveis. 10. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1814639/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 09/06/2020)

O fator essencial para o cabimento desta ação é a existência de administração de coisa alheia.[59]

Há situações jurídicas que exigir contas é proveniente da busca da lisura e seriedade da operação empenhada, como nos casos de inventariante e administrador judicial.[60]

3.2.1. As fases da ação de exigir contas

A ação de exigir contas é composta por duas fases. Essa divisão se justifica pelo princípio econômico, a fim de evitar a discussão acerca do valor/existência do crédito desnecessária, já que há a possibilidade de ser indevida a prestação das contas[61]. Há, ainda, quem defenda a existência de três fases, declaratória, prestação de contas e execução, essa última na forma do cumprimento de sentença.[62] Em que pese esse apontamento, será exposto neste artigo somente as duas fases de cognição do juiz.

A primeira tem a finalidade de apurar "*se o réu está ou não obrigado a prestar contas ao contas [...]*"[63]. Já a segunda consiste em verificar o saldo devedor/credor ou sua inexistência.[64]

Não se pode confundir que há uma fase de conhecimento e outra de execução, já que se trata de ritos distintos com suas modalidades de tutela jurisdicional e objetos diversos.[65]

---

[59] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 699.

[60] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume VIII, 8ª ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro, 2001, p. 326.

[61] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume VIII, 8ª ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro, 2001, p. 336.

[62] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 700.

[63] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume VIII, 8ª ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro, 2001, p. 335.

[64] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume VIII, 8ª ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro, 2001, p. 335.

[65] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume VIII, 8ª ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro, 2001, p. 335.

A decisão da primeira fase tem natureza de decisão interlocutória, já que não coloca fim ao processo, mas somente a uma das fases.[66] Pode-se entender como uma decisão parcial de mérito. Assim, o recurso cabível é o agravo de instrumento (art. 1.015, II, CPC).

O pronunciamento judicial da segunda fase já se caracteriza como uma sentença, posto que necessariamente deverá conter a existência de saldo ou não, por quem é devido e o seu montante, sob pena de ser considerada nula, pois é considerado um objeto necessário do processo.[67] Sua eficácia é predominantemente condenatória com força de título executivo (art. 552, CPC)[68], sendo possível interpor apelação (art. 1.009, CPC).

4 POSSIBILIDADE DE INGRESSAR COM AÇÃO POPULAR DE EXIGIR CONTAS

O Estado necessita de controle para não extrapolar o poder imposto. Assim, o sistema de freios e contrapesos entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se mostra pertinente. Nesse sentido, há os Tribunais de Contas, Controladorias, Ministério Público, Advocacia Pública.[69]

Ademais, existem ações que podem ser ajuizadas a título de controle dos atos administrativos, como a já analisada ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança, dentre outras.[70]

---

[66] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 702.

[67] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume VIII, 8ª ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro, 2001, p. 365.

[68] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 702.

[69] CAMMAROSANO, Márcio. **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho, Cesar Augusto Guimarães Pereira (organizadores) – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 840.

[70] CAMMAROSANO, Márcio. **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. Arnoldo Wald,

Para fins de análise deste ensaio, será observada a possibilidade do ajuizamento de uma demanda denominada *ação popular de exigir contas*, proposta pelo cidadão em face do Poder Público, com a finalidade de, numa primeira fase, exigir a prestação de contas relativamente a determinado ato que envolva o gasto de dinheiro público e, posteriormente, a apuração de valores para devolução ao erário com a cassação do ato administrativo.

Justifica-se a proposta pela moralidade administrativa[71], visto que decorre de eventual desvio de poder derivado da competência discricionária da utilização de recursos.[72]

O art. 5º, inciso XXXIII da Constituição da República Federativa do Brasil prevê a possibilidade de o indivíduo obter informações dos órgãos públicos de seu interesse ou coletivo.[73]

Para tanto, há a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), a qual regula as informações exigidas na forma do art. 5º, XXXIII da Constituição. Portanto, a *ação popular de exigir contas* tem seu subsídio no ordenamento jurídico.

Nesse viés, considerando o objetivo da ação popular, qual seja, aniquilar o ato lesivo, é possível a cumulação de demandas com igual finalidade, para proteger os interesses do patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio cultural e histórico.[74]

Marçal Justen Filho, Cesar Augusto Guimarães Pereira (organizadores) – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 840.

[71] Moralidade administrativa consiste em ofensa "como violação à ordem jurídica, como invalidade agravada pela concomitante ofensa a valores morais juridicializados." (CAMMAROSANO, Márcio. **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho, Cesar Augusto Guimarães Pereira (organizadores) – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 848).

[72] CAMMAROSANO, Márcio. **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho, Cesar Augusto Guimarães Pereira (organizadores) – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 846.

[73] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de fev. de 2020.

[74] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 334-335.

A ação de exigir contas demonstra a adequação a esse contexto, já que busca a demonstração clara da destinação dos valores pelo administrador; nesse caso pode-se dizer o ente público.

4.1 Interesse de agir

À luz do art. 17 do Código de Processo Civil, é preciso ter legitimidade e interesse de agir para postular em juízo.

O interesse processual é um requisito essencial que deve ser analisado em duas dimensões, necessidade e utilidade da tutela jurisdicional[75], e deve ser observado conforme o caso concreto:[76]

> A constatação do interesse de agir faz-se, sempre, *in concreto*, à luz da situação narrada no instrumento da demanda, não há como indagar, em abstrato, se há ou não interesse de agir, pois ele sempre estará relacionado a uma determinada demanda judicial.

Por isso, o interesse de agir é interpretado como uma "*adequação do provimento postulado diante do conflito de direito material trazido à solução judicial*".[77]

4.1.1 Tutela administrativa

[75] DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento.** 19ª edição, 2017, volume 1, editora JusPodivm, Salvador, p. 403.

[76] DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento.** 19ª edição, 2017, volume 1, editora JusPodivm, Salvador, p. 404.

[77] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 58ª ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 197.

A Lei Complementar nº 131/2009 (Lei da Transparência) alterou a Lei Complementar nº 101/2000, com a modificação de dispositivos que garantem o acesso à informação sobre os dados da administração pública e de suas autarquias.[78]

Essa legislação tem como objetivo dar efetividade aos artigos 70, parágrafo único da CRFB/1988 e 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal[79], visto que possuem eficácia limitada:

> Art. 70 - CRFB. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
>
> Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.
>
> Art. 48 - LRF. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

A partir da lei de transparência, os entes públicos tiveram que se adequar, a fim de expor contas, salários, gastos, dentre outros, com a criação dos "portais da transparência

[78] BRASIL. Art. 1º, Lei Complementar nº 131, de 04 de maio de 2009, Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm>. Acesso em: 14 ago 2020.

[79] RAUPP, Fabiano Maury; DE PINHO, José Antonio Gomes. Prestação de contas por meio de portais eletrônicos de câmaras municipais: um estudo de caso em Santa Catarina antes e após a Lei da Transparência. **Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ** (online), Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 89 - p. 98, set./dez., 2011. ISSN 1984-3291 <http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-08/index.php/UERJ/article/view/1281/1197> Acesso em: 13 ago 2020, p. 89.

eletrônicos". Isso facilitou o acesso da sociedade para "*acompanhar as ações tomadas pelos gestores públicos*".[80]

A partir disso, diversas informações sobre o Poder Público podem ser encontradas por meio desses portais. Ocorre que nem sempre esses dados são suficientes para sanar as dúvidas do cidadão sobre os gastos da administração pública; logo, se mostra o interesse de agir da *ação popular de exigir contas*.

4.2 Necessidade da Ação Popular de Exigir Contas

O direito não pode se esvaziar, devendo abarcar a tutela pretendida pelo jurisdicionado. Assim, por exemplo, no caso de o cidadão exigir contas de município a respeito de uma obra que está sendo realizada, o sistema processual deve estar preparado para receber o pedido e viabilizar a realização do direito.

Diante disso, a *ação popular de exigir contas* é o procedimento adequado para tanto. Em que pese não ser um procedimento previsto tipicamente no ordenamento jurídico, pela flexibilização das normas, há a possibilidade de adaptá-lo nos termos da nova teoria dos procedimentos especiais[81], conforme será exposto.

A justificativa de unir ação popular e a ação de exigir contas, dois procedimentos especiais típicos e com normas diversas, advém da intenção do indivíduo que irá propor a ação, qual seja, requerer que o Poder Público demonstre com clareza os valores despendidos com determinada atividade pública (exigir contas), a qual eventualmente está lesando/lesou o patrimônio da União, Distrito Federal, Estado ou Município (ação popular).

Apesar da tutela administrativa em que os entes públicos demonstram em portais os gastos públicos e a prestação de contas, a via judicial se mostra necessária para o

[80] RAUPP, Fabiano Maury; DE PINHO, José Antonio Gomes. Prestação de contas por meio de portais eletrônicos de câmaras municipais: um estudo de caso em Santa Catarina antes e após a Lei da Transparência. **Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ** (online), Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 89 - p. 98, set./dez., 2011. ISSN 1984-3291 <http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-08/index.php/UERJ/article/view/1281/1197> Acesso em: 13 ago 2020, p. 89.

[81] DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais.** – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

detalhamento dos valores e destinação, assim com uma perspectiva ampliada e especificada.[82]

De acordo com o Índice de Percepção da Corrupção[83], não houve redução significativa no nível de corrupção no Brasil. Em 2012, ano seguinte de quando foi criada a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), o nível de corrupção era 43 e em 2019 foi 35.

Com esse dado é possível aferir que apesar de normas regulamentadoras que buscavam combater o desvio de verbas, ainda há um nível alto de corrupção. Portanto, vias administrativas não são suficientes para o jurisdicionado sanar sua incerteza sobre a destinação dos valores públicos.

4.2.1 Duração razoável do processo

O artigo 4º do Código de Processo Civil estabelece que "*As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral de mérito, incluída a atividade satisfativa*".

Esse princípio pode ser indicado como um dos pilares da *ação popular de exigir contas*, visto que a ação popular, conforme desenhada na Lei nº 4.717/1965, estabelece que a sentença julgará o pedido procedente se o ato for considerado lesivo ou ilegal (art. 11) e ainda apontará o valor da lesão (art. 14).

Ocorre que, para indicar o montante a ser ressarcido, sem necessidade de liquidar a sentença, preferencialmente os magistrados determinam a produção da prova pericial. É de conhecimento notório que essa prova pode alongar a duração da demanda, já que pode haver diversas impugnações, por exemplo, sobre o valor dos honorários, o perito indicado pelo juiz,

---

[82] RAUPP, Fabiano Maury; DE PINHO, José Antonio Gomes. Prestação de contas por meio de portais eletrônicos de câmaras municipais: um estudo de caso em Santa Catarina antes e após a Lei da Transparência. **Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ** (online), Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 89 - p. 98, set./dez., 2011. ISSN 1984-3291 <http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-08/index.php/UERJ/article/view/1281/1197> Acesso em: 13 ago 2020, p. 88.

[83]<https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Google&utm_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=CjwKCAjwm_P5BRAhEiwAwRzSO3ly3fMHVwmoIsM4x2LaksIEC3yiSh9nGnzabivW2fDCe89mofJBGxoCBeYQAvD_BwE> Acesso em 19 ago de 2020.

o laudo, necessidade de complementação. Só com essas objeções o processo tem uma extensão maior que a pretendida pelo jurisdicionado.

Outro ponto que deve ser enfrentado é que a segunda fase da *ação popular de exigir contas* não deve ser confundida com a liquidação de sentença da ação popular.

A segunda fase possui o escopo de apresentar de forma adequada as receitas, despesas e investimentos, se houver (art. 551, CPC), ou seja, os valores são mais detalhados.

Já a liquidação de sentença possui o único objetivo de tornar o título exequível (certo, líquido e exigível – art. 783 e 786, CPC)[84], sem conceder informações discriminadas do ato em questão.

4.3 Procedimento

Tanto a ação popular como a de exigir contas possuem procedimentos próprios. Assim, propõe-se uma adaptação das regras instituídas a cada um, a fim de alcançar a tutela requerida. Todavia, entende-se que as normas da ação popular relativas ao cabimento, legitimidade, competência, possibilidades recursais, dentre outras, devem prevalecer. Isso porque a ação popular é mais específica e a finalidade do processo advém do referido remédio constitucional, qual seja, a ciência sobre eventual desvio de verbas públicas e posteriormente a devolução dos valores.

Como a ação de exigir contas possui duas fases, esse procedimento proposto no presente artigo também terá.

4.3.1 A primeira fase

[84] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 623.

A primeira fase terá a finalidade de verificar se há a necessidade de o ente público prestar as contas, devendo o autor indicar as razões e os documentos comprobatórios para tanto.[85]

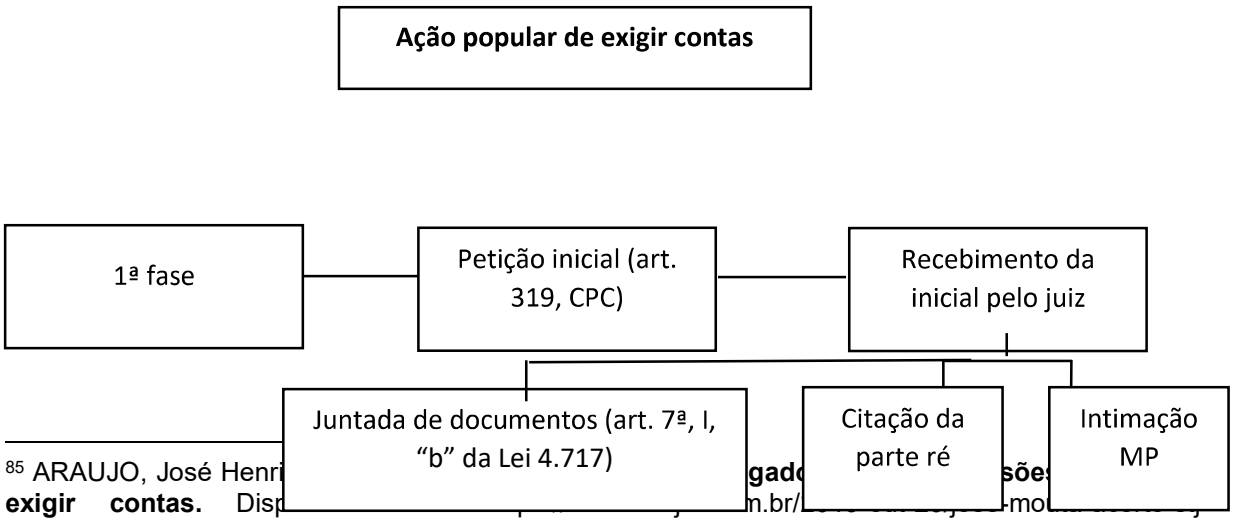
Se o julgador entender pertinente que o réu apresente as contas, será proferida uma decisão interlocutória e o processo seguirá para a segunda fase.
Caso contrário o pedido será julgado improcedente e o processo arquivado.

4.3.2 A segunda fase

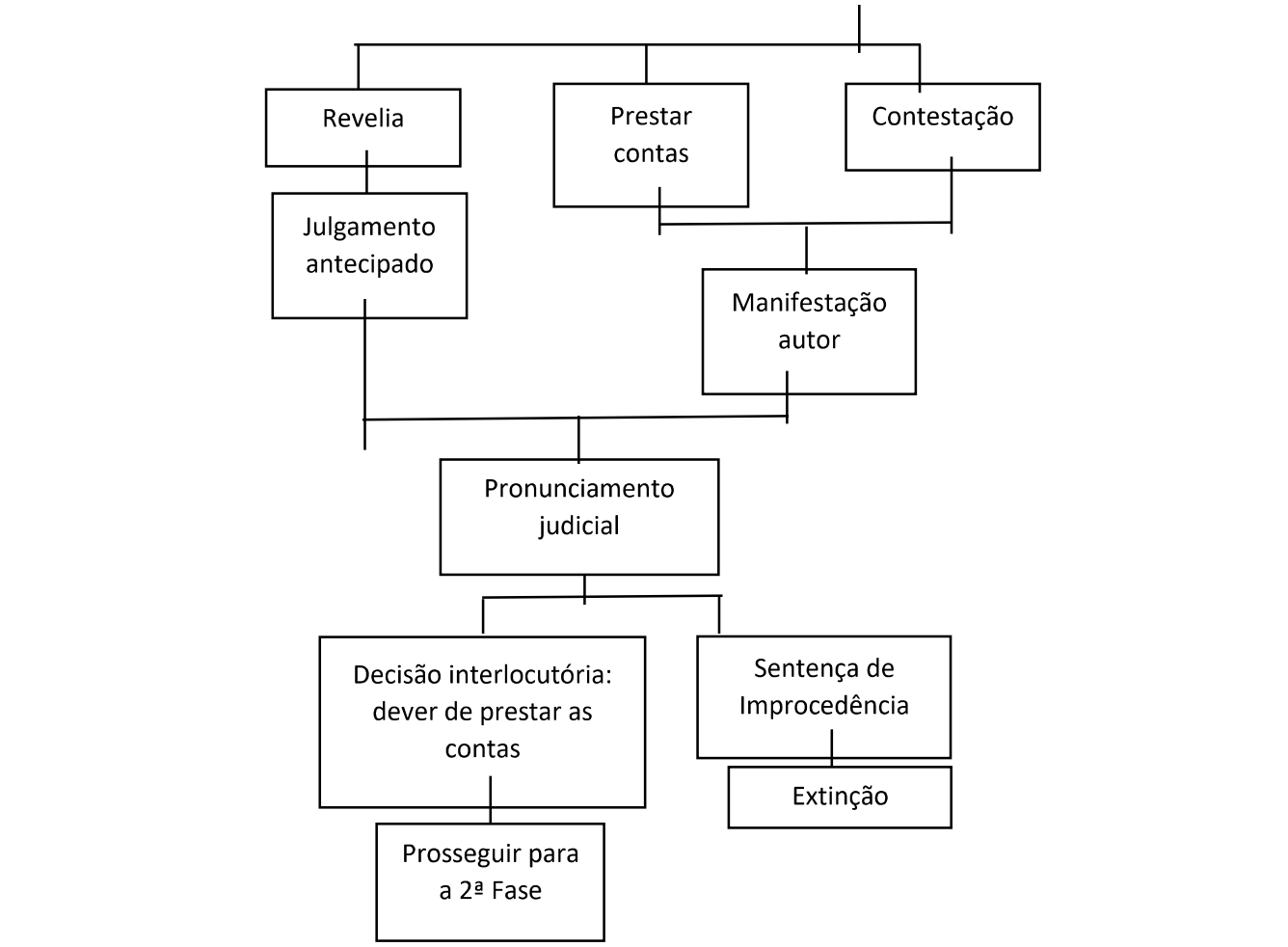
A partir desse momento, serão adotadas as regras do art. 551 do CPC referente à ação de exigir contas, assim, a parte ré deverá apresentar as contas e esclarecer os valores gastos. Nessa fase serão verificadas as contas públicas e a destinação das verbas, e se for o caso, posteriormente, na sentença, será declarada a cassação do ato administrativo, na forma da ação popular.

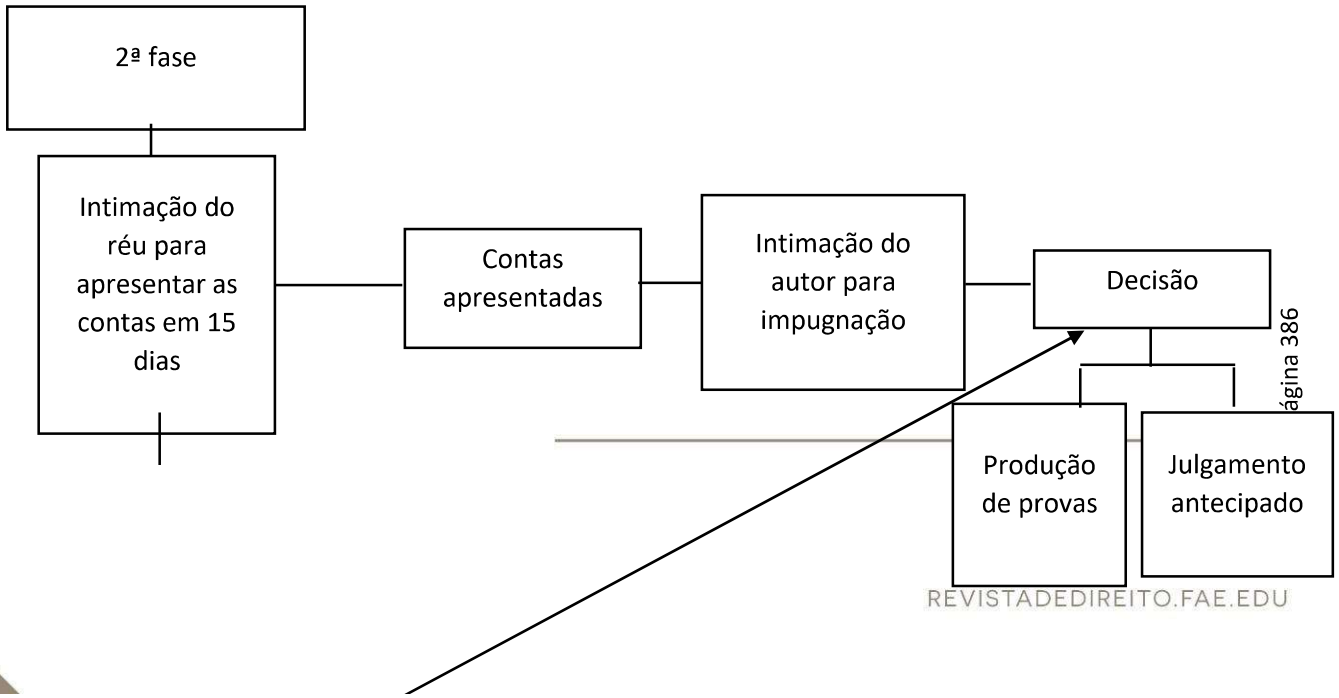
4.4 Mapa mental

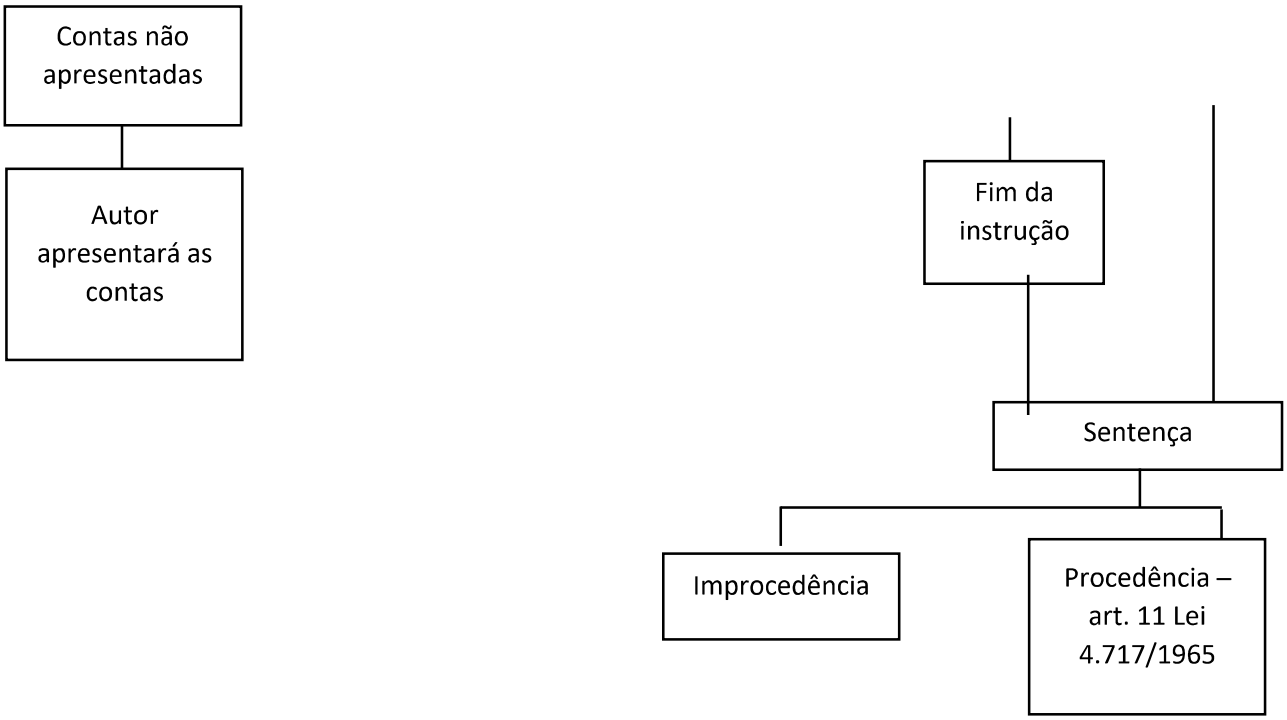
A fim de facilitar a visualização do procedimento criado, será apresentado um mapa mental do procedimento da *ação popular de exigir contas*.



[85] ARAUJO, José Henri **gado sões exigir contas.** Disp n.br/ -mo decisoes-acao-exigir-contas#:~:text=A%20primeira%20etapa%20objetiva%2C%20em,favor%20de%20um%20dos%20litigantes.> Acesso em: 13 set. 2020.


Revelia
Prestar contas
Contestação
Julgamento antecipado
Manifestação autor
Pronunciamento judicial
Decisão interlocutória: dever de prestar as contas
Sentença de Improcedência
Extinção
Prosseguir para a 2ª Fase


2ª fase
Intimação do réu para apresentar as contas em 15 dias
Contas apresentadas
Intimação do autor para impugnação
Decisão
Produção de provas
Julgamento antecipado



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil trouxe ferramentas para que o procedimento fosse adequado ao direito material, como os negócios jurídicos processuais (190, CPC) e os poderes do juiz (art. 139, CPC), dando poderes às partes e ao juiz para tanto.

Os procedimentos previstos na Lei Adjetiva Civil (comum e especiais), bem como os criados por leis esparsas, podem não abarcar o direito material pretendido, assim, o jurisdicionado deve ter mecanismos para buscar seu direito.

É nesse cenário que a *ação popular de exigir contas* é proposta, a fim de expor de maneira específica e detalhada as contas públicas de determinada licitação. Para tanto,

utilizou-se de regras das duas ações, com a divisão em duas fases, como a de exigir contas. Contudo, as normas processuais da ação popular prevaleceram, como competência, legitimidade e cabimento.

A primeira fase trata essencialmente na ação popular propriamente dita, com a única diferença de que a sentença se transforma em decisão interlocutória (como na primeira fase da ação de exigir contas) a fim determinar se devem ser prestadas as contas de forma discriminada. Em caso positivo, segue para a segunda fase. Essa etapa procedimental pauta-se nas regras da segunda fase da ação de exigir contas, alcançando a mesma finalidade, qual seja, expor as atividades financeiras exercidas pela Administração Pública.

Ademais, a justificativa da melhor utilização dos procedimentos da ação popular e da ação de exigir contas é a necessidade de apurar, por meio do Poder Judiciário, a forma que o dinheiro público foi gasto pelos entes federados. Apesar da existência de portais eletrônicos e possibilidade de os cidadãos irem até o órgão público e requisitar informações, é de conhecimento notório que os valores muitas vezes são superfaturados para dar espaço à corrupção.

Com esse procedimento, busca-se a exposição minuciosa de cada valor indicado na licitação, no portal da transparência, bem como sua destinação, o que trará maior segurança aos indivíduos sobre a utilização do dinheiro público.

6 REFERÊNCIAS

ARAUJO, José Henrique Mouta. **O acerto dos recentes julgados STJ nas decisões na ação de exigir contas.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-20/jose-mouta-acerto-stj-decisoes-acao-exigir-contas#:~:text=A%20primeira%20etapa%20objetiva%2C%20em,favor%20de%20um%20dos%20litigantes.> Acesso em: 13 set. 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados.** Volume 03 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**, Brasília, DF, Lei da Ação Popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 23 março 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**, Brasília, DF, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**, Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 14 ago 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 131, de 04 de maio de 2009**, Brasília, DF. Disponível em: < http://www

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1504797/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60824453&num_registro=201401226377&data=20160601&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1814639/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 09/06/2020. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104103154&num_registro=201801368931&data=20200609&tipo=91&formato=PDF> Acesso em 13 set. 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento.** 19ª edição, volume 1, editora JusPodivm, Salvador, 2017.

DIDIRER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo** – 12. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; DA CUNHA, Leonardo Carneiro**. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

HENRIQUE, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica.** – 9 ed., rev. e refom. – São Paulo: Atlas, 2017 (livro digital).

LEITÃO, José Ribeiro. **Aspectos de teoria geral dos procedimentos especiais.** Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJ/DF, abril, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 36ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno.** 3 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 58ª ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

RAUPP, Fabiano Maury; DE PINHO, José Antonio Gomes. Prestação de contas por meio de portais eletrônicos de câmaras municipais: um estudo de caso em Santa Catarina antes e após a Lei da Transparência. **Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ** (online), Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 89 - p. 98, set./dez., 2011. ISSN 1984-3291 <http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-08/index.php/UERJ/article/view/1281/1197> Acesso em: 13 ago 2020.

VITORELLI, Eduardo. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos.** 2ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2ª ed. rev. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO 2019. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Google&utm_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=CjwKCAjwm_P5BRAhEiwAwRzSO3ly3fMHVwmoIsM4x2LakslEC3yiSh9nGnzabivW2fDCe89mofJBGxoCBeYQAvD_BwE. Acesso em: 19 ago 2020.

REVISTA
DIREITO
FAE

ARTIGOS GANHADORES DO LAWAR

REVISTA DIREITO FAE

A PANDEMIA DA FELICIDADE DIGITAL

THE PANDEMIC OF DIGITAL HAPPINESS

Carina Lamas RONCATO[1]

Daviane dos Santos CHEGOSKI[2]

Eduardo Brock TREVIZOLLI[3]

Gabriel Henrique Espiridião GARCIA BACH[4]

Gabrielle CANALLI[5]

Giovanna Baggio FLORES[6]

Milena Marques dos SANTOS[7]

RESUMO

Na última década presenciou-se o advento e popularização das redes sociais como espaço digital de convívio. Se, de um lado, as redes servem à conexão afetiva

[1]Estudante do 6º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Email: carina_lamas@yahoo.com.br.

[2]Mestra em Desenvolvimento de Tecnologia pelo Institutos Lactec. Pós-Graduada em Negócios Internacionais pela FAE Centro Universitário e Gestão Estratégica de Negócios pela UNIPAR. Bacharel em Administração ênfase em Marketing pela UNIPAN. Estudante do 4º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Email: davianech@gmail.com

[3]Estudante do 6º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Email: eduardo.trevizolli@gmail.com.

[4]Estudante do 6º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Email: gabrielhbach@gmail.com.

[5]Estudante do 8º período do curso de Direito Integral/*Law Experience* da FAE Centro Universitário. Email: gabrielle.canalli@gmail.com.

[6]Estudante do 2º período do curso de Direito Integral/Law Experience da FAE Centro Universitário. Email: giovanna.baggio@mail.fae.edu.

[7]Estudante do 8º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Email: milena.marques020@gmail.com.

interpessoal pela comunicação instantânea, de outro, o que se constata é que, nesses ambientes virtuais, persevera um ideal de felicidade fundado sobre conteúdo artificialmente produzido pelos usuários. Esse conteúdo é marcado por apresentar a felicidade como sentimento permanente, o que faz segundo racionalidade consumerista, permanentemente gerando e frustrando promessas de satisfação. Diante disso, investiga-se, como objetivo principal esclarecer como o paradigma de felicidade introduzido pelas redes sociais faz que o usuário volte a recorrer a ele e como é possível dissociar-se desse paradigma. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, em que se recorreu à crítica sociológica de Zygmunt Bauman, bem como à exposição e análise das proposições filosóficas sobre felicidade, procurando abranger diferentes escolas de pensamento filosófico em um percurso histórico, e a artigos científicos sobre o tema. A conclusão atingida foi de que a felicidade não está diretamente associada ao consumo e à satisfação pessoal, devendo ser consideradas as relações humanas baseadas em propósito.

PALAVRAS-CHAVE: Bauman. Felicidade. Filosofia. Redes sociais.

ABSTRACT

In the last decade it has been presenced the advent and popularization of social media as a digital space for conviviality. If, on the one hand, social media serves to connect people on an emotional level by means of instant communication, on the other, it has been noticed that, in these digital environments, an ideal of happiness thrives, which is grounded on content artificially produced by its users. This content is marked by presenting happiness as an everlasting feeling, which it does through a consumer rationality, constantly creating and breaking promises of satisfaction. In view of this, this paper has as its main goal, the purpose of clarifying how this happiness paradigm, introduced by social media keeps the user coming back and how it is possible to dissociate from this paradigm. The methodology used was a literature review in which

its been resorted to the sociological criticism of Zygmunt Bauman, as well as the exposition and analysis of philosophical propositions about happiness, seeking to cover different philosophical schools of thought in a historical course, and scientific papers on the theme. The conclusion reached was that happiness is not directly associated with consumption and personal satisfaction, and human relationships based on purpose must be considered.

KEY-WORDS: Bauman. Happiness. Philosophy. Social media.

INTRODUÇÃO

A palavra *felicidade* é caracterizada no dicionário como a "sensação real de satisfação plena; estado de contentamento, de satisfação"[8] e, no aspecto orgânico, a felicidade está relacionada a um hormônio chamado *ocitocina*[9]. Entretanto, diante da busca pela felicidade e das múltiplas maneiras apresentadas para realizá-la, vale que seu real sentido vem sido debatido por sociólogos e filósofos.

A felicidade ganha nuances particulares na contemporaneidade, em razão da digitalização das interações humanas e do advento e popularização das redes sociais. A isso se soma a atipicidade do ano de 2020, decorrente da pandemia causada pela Covid-19 e da subsequente necessidade de isolamento social, voltado para a manutenção da saúde orgânica dos seres humanos, mas que acentuou a busca da felicidade digital por meio dessas redes. Nesse contexto, o consumo *online* é ferramenta de satisfação dos desejos e necessidades emocionais individuais.

---

[8] FELICIDADE. *In*: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7 Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/felicidade/>. Acesso em: 26/10/2020.

[9] Os hormônios da felicidade. **Unimed Cabo Frio**. 21/05/2019. Disponível em: https://www.unimed.coop.br/web/cabofrio/noticias/os-hormonios-da-felicidade. Acesso em: 01/11/2020.

Diante desse cenário é que o presente trabalho objetiva esclarecer de que maneira o modelo de felicidade apresentado nas redes sociais mantém o usuário refém de um padrão de comportamentos e como é possível dissociar-se desse padrão. Paralelamente, tem-se como objetivos específicos apresentar as concepções filosóficas mais significativas sobre a felicidade, descrever como a digitalidade influencia as percepções correntes sobre felicidade e analisar a legitimidade e adequação dessas percepções às concepções filosóficas elencadas.

Para tanto, adotou-se abordagem qualitativa e descritiva e, como metodologia, a revisão bibliográfica da literatura filosófica sobre o tema, localizando e confrontando perspectivas que refletem paradigmas de diferentes momentos da filosofia. Também foram analisados artigos científicos a respeito da felicidade nas redes sociais e dados contemporâneos, com que se pretende reforçar, com lastro prático, o que foi apresentado teoricamente.

O artigo se estrutura, primeiramente, com a conceituação de felicidade de acordo com os filósofos de maior expressão da Grécia Antiga, matriz epistemológica ocidental, Sócrates, Platão e Aristóteles, seguidos de pensadores modernos, a exemplo de Kant, e autores do tempo em que se situa a presente análise que se dedicaram a apreciar o tema, Sigmund Freud e Byung-Chul Han.

Em sequência, explorou-se como a felicidade se manifesta na digitalidade, apresentando a uniformização que ganhou no âmbito das redes sociais, o que foi feito com sustento nas análises de Zygmunt Bauman sobre a contemporaneidade. Diante disso, investigou-se como a pandemia causada pela Covid-19 e o isolamento social repercutiram na busca da felicidade pelas redes sociais, fomentando o anseio de reconhecimento pela comunidade digital.

Por fim, propõe-se análise sobre o aprisionamento do ser humano pela pandemia da felicidade, transformando-o tanto em consumidor como em objeto de

consumo e, concluindo, discute se há uma forma de emancipação dos indivíduos dos modelos de felicidade apresentados pela digitalidade.

1 CONCEPÇÕES SOBRE FELICIDADE NA FILOSOFIA ANTIGA, MODERNA E CONTEMPORÂNEA

A busca pelo entendimento do sentido da experiência humana perpassa o questionamento sobre o que é o estado de satisfação a que damos o nome de felicidade, como ela se expressa e como é atingida pelos sujeitos. Esta análise, que procura compreender como a felicidade nos é apresentada num contexto computacional e, portanto, em face de um distanciamento tanto espacial, entre os indivíduos em suas relações, como temporal, entre o desejo e sua satisfação. Para tanto, faz-se necessário afastamento da realidade imediata e a busca de outros referenciais que permitam o alargamento da capacidade de reflexão e exame do objeto de pesquisa.

Com esse fito, buscou-se contemplar enunciados teóricos que refletem paradigmas diversos na história da filosofia. Evidentemente, não será possível fazer escorço abarcando abrangente das principais teses sobre o tema da felicidade no conjunto da história, de sorte que o presente trabalho se limitou a elencar autores que propiciem conhecer, por alto, teses de cada período histórico-filosófico, os quais serão retomados nas reflexões sobre a contemporaneidade digital.

1.1 Sócrates, Aristóteles e Platão (Antiguidade Grega)

Na antiguidade grega emergem as ideias que fundamentam a produção do conhecimento hodierno, a destacar as de Sócrates, Platão e Aristóteles.

Pode-se entender de que a felicidade para Sócrates ocorre com o atingimento da verdade, com a conclusão advinda da *aponia*, sendo esta um ponto que não pode

ser ultrapassado, através da utilização de seu método, a *maiêutica*, que funciona por meio de questionamentos sobre determinado assunto a alguma pessoa, incitando-a a dar uma definição - por exemplo, "*o que é justiça?"*. Ao chegar perto de uma definição, é demonstrado que isso pode ser refutado, causando perplexidade ao interlocutor, e, em certo ponto, as pessoas que estão dialogando percebem que sobre o questionamento é difícil chegar em uma definição suficiente, e, assim, podem procurar se aproximar da *verdade*[10].

Platão, por sua vez, via a felicidade tanto num plano político (coletivo) quanto individual. Naquele, o filósofo helênico afirma que a justiça se dá quando cada um dos indivíduos realiza o papel que lhe foi atribuído segundo sua natureza e não procura interferir nas atividades dos demais, conduzindo, assim, uma vida virtuosa. Agir em direção contrária à sua aptidão conduz a um estado de *adikia* (injustiça), que se traduz numa desarmonia tanto individual, quanto social[11]. A estado de desequilíbrio consegue-se relacionar um conjunto de emoções negativas que levam ao sofrimento e à infelicidade.

São apontados por Platão três diferentes caráteres que permitem distinguir e categorizar os membros da polis: o concupiscente, típico dos trabalhadores manuais, guiados pelas sensações do mundo físicos e por seus desejos, que são contrários à lógica; o irascível, dos sujeitos temperamentais, que devem dirigir sua animosidade à defesa da cidade, e que são orientado pelos sábios, os quais, por serem ponderados e escutarem à razão, são destinados a governar a *polis*.

---

[10] GHIRALDELLI JR., Paulo. **Introdução à Filosofia.** São Paulo: Editora Manole, 2003. p. 13-17.

[11] PLATÃO. **A República.** Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém: EDUFPA, 2000. p.222. Disponível em: <https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/213190/mod_resource/content/1/PLATAO.%20-A%20Republica-EDUFPA.pdf>. Acesso em: 22/10/2020.

A mesma estrutura social desenhada por Platão para a sociedade é atribuída ao próprio indivíduo, que contém em si as aptidões concupiscente, irascível e racional, constituindo três diferentes *almas* ou temperamentos. Nessa quadra, cabe ao indivíduo, trazendo a racionalidade como guia de sua conduta, domar seus desejos utilizando-se da força de sua parte irascível. Portanto, a felicidade para Platão é apresentada sob um ponto de vista moral, em que a moderação é chave para uma vida virtuosa e justa, portanto, feliz[12].

Seu discípulo, Aristóteles, em sua obra "Ética a Nicômaco" fornece a lição de que a felicidade está no exercício de práticas de ações virtuosas, com ênfase no equilíbrio. Assim, o filósofo defende que a felicidade (*eudaimonia)* só pode ser conquistada por meio da *justa medida*, de sorte que o indivíduo não deve praticar as condutas que tendem à falta de uma virtude, bem como daquelas que conduzem ao seu excesso[13].

Nesse sentido, Aristóteles afirma que a felicidade representa a finalidade última das ações humanas e é um bem supremo desejado por todos os homens. O homem busca a felicidade e é essa busca que diferencia o ser humano do animal.

Entretanto, a busca da felicidade não é limitada ao pressuposto de equilíbrio, pois sua concepção pode variar de indivíduo para indivíduo[14]. Assim, Aristóteles elabora três modos de vida que contemplam as diferentes concepções de felicidade.

A primeira vida possível é condição semelhante à escravidão de seus apetites, vez que, guiada pelos prazeres, torna indivíduo refém daquilo que deseja. O segundo

---

[12] PLATÃO. **A República**…, *cit.* p. 222.

[13] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 4ª ed., 1991. p. 37-39. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/%C3%89tica-a-Nic%C3%B4maco.pdf>. Acesso em: 01/10/2020.

[14] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco…** *cit*. p.227-228.

modo de vida é o político, o qual busca a honra pelo reconhecimento e validação dos outros, de sorte que a felicidade depende da apreciação das demais pessoas. Por fim, a terceira vida possível é a contemplativa, sendo a única puramente racional. Nesta, o indivíduo age buscando o bem, tendo-o como fim último para a ação humana, e, portanto, Aristóteles reputa essa conduta como sendo aquela que mais se aproxima da verdadeira finalidade do ser humano, pois esta possui, de fato, a *essência* da felicidade.

1.2 Immanuel Kant (1724–1804)

Kant em sua obra "*Fundamentação da metafísica dos costumes"*, almeja estabelecer o princípio supremo da moralidade e esclarece que, para esse fim, o ideal de felicidade não apresenta condições de fundamentar as leis da moralidade[15]. Para ele, a felicidade não é um bem incondicionado, mas condicionado, ou seja, um bem relativo. A felicidade é, portanto, insuficiente para a fundamentação de um fim moral, pois é determinada por um elemento empírico[16].

O problema da felicidade como princípio moral é sua determinação por um elemento empírico, e por isso é formalmente indeterminada e indeterminável, pois o ser humano não tem as condições necessárias para delimitar precisamente o conjunto de condições necessárias para a sua perfeita felicidade. A felicidade pode apenas ser condição material da determinação da ação do sujeito, na medida em que é móbil

[15] KANT, Immanuel. **A fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997. Disponível em: <http://estudopsicologia.weebly.com/uploads/2/3/4/5/23456350/kante-fundamentacaodametafisicadoscostumes-trad-pauloquintela-edicoes70-120p.pdf>. Acesso em: 31/10/2020.

[16] ZANELLA, Diego Carlos. O conceito da felicidade na fundamentação da moral em Kant. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 13 out. 2009. p. 96-102. Disponível em: <https://www.academia.edu/779258/O_conceito_de_felicidade_na_fundamenta%C3%A7%C3%A3o_da_moral_em_Kant>. Acesso em: 31/10/2020.

(empírico) para a ação. Assim, a felicidade não pode ser a causa da moralidade para Kant, mas uma das suas consequências[17].

Não obstante isso, critica-se o ideal de felicidade quando esse somente quer satisfazer as inclinações e necessidades sensíveis, fazendo uso do outro, isto é, de um ser humano, apenas como meio, sem, ao mesmo tempo, considerá-lo como fim em si mesmo. Destarte, a busca da felicidade aprovada por Kant seria aquela fundamentada na *boa vontade*, em outras palavras, as ações realizadas deverão estar condicionadas à *boa vontade* para que o agente racional seja digno da felicidade[18].

1.3 Sigmund Freud (1856–1939)

Em "O mal-estar na civilização", Freud sustenta que o ser humano busca a felicidade de duas formas: pela ausência de dor e sofrimento e pela vivência do prazer, estando a última mais relacionada ao conceito de felicidade[19].

A felicidade, para o referido autor, "vem da satisfação repentina de necessidades altamente represadas, e por sua natureza é possível apenas como fenômeno episódico"[20], ou seja, para alcançar a felicidade é necessário satisfazer os desejos primitivos, provenientes dos instintos, mas que são reprimidos ao longo da

---

[17] KANT, Immanuel. **A fundamentação…** *cit.* p. 67.

[18] SCHERER, Berta Rieg. A felicidade e a moralidade em Kant. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 22, n. especial, 2017. p. 23-35. Disponível em <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/4782>. Acesso em: 01/11/2020.

[19] FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. In: Novas conferências introdutórias e outros textos. São Paulo: Companhia das Letras, v. 18, 2010, p.21 (Original publicado em 1930). Disponível em: <https://joaocamillopenna.files.wordpress.com/2013/10/freud-obras-completas-vol-18-1930-1936.pdf>. Acesso em: 21/10/2020.

[20] FREUD, Sigmund. **O mal-estar…** *cit* p.21.

vida para a manutenção da adequação social. Dessa forma, não é possível sustentar a felicidade por tempo integral, sendo alcançada apenas durante momentos episódicos de deleite, por meio da realização de tais desejos.

Já em relação ao sofrimento, Freud cita suas três causas: o corpo, o mundo externo e as relações humanas. O corpo gera sofrimento pelo fato de estar em constante declínio. O mundo externo, por sua vez, exerce força e poder sobre os seres humanos, tirando-lhes a autonomia e causando dor e destruição. Porém, a principal fonte de sofrimento, segundo o psicanalista, são as relações entre as pessoas. Para viver em sociedade, os indivíduos devem reprimir seus instintos e submeter-se a regras culturais. A limitação da liberdade o impede de realizar desejos primitivos e isso se reverte em consternação, ou mal-estar, nos indivíduos.

Assim, a felicidade, sob a ótica de Freud, está relacionada ao esforço constante de evitar o sofrimento e, principalmente, à busca pela satisfação individual.

1.4 Byung-Chul Han (1959–)

O meio digital e as tecnologias estão constantemente influenciando comportamentos dos indivíduos, os quais se tornaram reféns de uma sociedade estereotipada pelos padrões da internet. Nesse contexto, é necessário enfatizar a importância do respeito com o próximo e das relações humanas, aponta o filósofo teuto-coreano Byung-Chul Han em sua obra *"No Enxame - Reflexões Sobre o Digital"*[21].

O enxame, a que o autor se refere, seria um coletivo de pessoas de tem caráter segregador, visto que lhe carece identidade, por ser composto de indivíduos isolados com identidade privada. Com isso, o enxame digital se diferencia das massas clássicas: os indivíduos digitais formam uniões voláteis e fugazes em virtude da uma

[21] HAN, Byung-Chul. **No Enxame - Reflexões Sobre o Digital.** Trad. Miguel Serras Pereira. Portugal: Relógio D'Água Editores, out. 2016, p.14.

deficiência de intimidade em suas relações, as quais se formam rapidamente e, na mesma velocidade, desfazem-se. O enxame digital, portanto, necessita de algo que una esses indivíduos, que seja capaz de operar como um fator comum[22].

Consequência dessa formatação é a ausência de respeito, de um olhar distanciado sobre os outros, culminando em uma *sociedade do escândalo*, ou seja, pautada na autoexposição da(o) usuária(o) da rede. Nessa quadra, o filósofo afirma que o respeito é um conjunto de valores pessoais e morais, e atualmente o menosprezo desses valores acaba com a credibilidade da cultura do respeito, os atuais meios de comunicação carecem de valores interiores.

Diante dessa concepção, apresentam-se duas formas de agir na veiculação de uma informação; (i) com respeito, assumindo o papel de um observador distante (*respectare*); (ii) sem respeito, com um olhar desprovido de distância (*spectare*), que teria predomínio do ambiente digital. Segundo ele, a comunicação digital desfaz as distâncias, o que ocorre a par da erosão das distâncias mentais. A *mediatização* digital lesa o respeito. Nesse âmbito, em que a indiscrição e a falta de respeito são recorrentes, o autor ressalta a exposição da vida privada e da intimidade como consequências da comunicação digital sem o distanciamento que julga adequado.

Por outro lado, não se tecem somente críticas negativas à *internet*. Han reconhece que esse meio pode servir às manifestações afetivas, de “recebimento” e “envio” imediato. Isso permite inferir que a felicidade relaciona-se às reflexões trazidas pelo filósofo teuto-coreano sobre as redes sociais, na medida em que a exposição à qual os indivíduos estão sujeitos exerce um peso sobre os seus sentimentos e emoções. Nessa perspectiva, a felicidade humana está condicionada aos efeitos dos meios digitais.

[22] HAN, Byung-Chul. **No Enxame…** *cit* p.14.

2 A PROCURA DA FELICIDADE NA CONTEMPORANEIDADE - O MUNDO DIGITAL E A PANDEMIA

No mundo pós-moderno, a felicidade toma, em certo aspecto, uma natureza egocêntrica, potencializada pelo intrincamento do mundo físico com o mundo virtual. Neste contexto, a felicidade deixou poder ser experimentada individualmente e passou a ser um sentimento que necessariamente precisa ser compartilhado com os outros. É assim que se apresenta a chamada "felicidade digital".

Como preleciona Zygmunt Bauman - sociólogo polonês, professor emérito das Universidades de Leeds e Varsóvia, um dos maiores críticos da sociedade contemporânea, sendo, portanto, pivotal para a análise de como a felicidade é concebida em nossos tempos - a felicidade digital tem como característica ser pré-fabricada em um ambiente virtual, tendo apenas aparência de realidade. Para tornar a situação ainda mais crítica, o mundo das redes sociais intensifica a fluidez das relações e provoca o aumento do consumo[23]. Nasce nos usuários um sentimento de que somente serão incluídos na sociedade pela quantidade de *likes* recebidos nas mídias sociais ou através da compra de um determinado produto.

Diante dessa ideia, o sociólogo afirma que, no nosso sistema de consumo, são vendidas diversas promessas de que a obtenção de algo nos fará nos sentirmos melhor. Essas promessas, todavia, nos mantém continuamente insatisfeitos, visto que são continuamente quebradas com o advento de um novo produto, instigando o comprador novamente ao consumo, situação essa que é repetida constantemente e que se constitui num círculo vicioso. Assim, a felicidade digital é estimulada pelo e consumo em demasia; como cita Bauman[24] "possuímos, logo somos". Dessa forma,

[23] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2011. p.7-9

[24] BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida.** Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2014. p.88.

apresenta como reflexo desse sistema a busca contínua de satisfação, em que o *ter* ganha maior importância do que o *ser*; revela-se uma felicidade que só pode ser atingida por meio da projeção digital.

Nesse contexto, Byung-Chul Han[25], faz uso da alcunha *homo digitalis* para designar aquele indivíduo que faz parte do *enxame*: não compõe uma comunidade, pois não há um objetivo ou uma ideologia em comum que o aproxime dela. Isso decorre de sua alienação e superficialidade, direcionando seu interesse para si próprio, o que resulta em uma autoexploração e exposição tanto para o deleite dos outros indivíduos como para satisfação pessoal. Para o autor, o ser humano torna-se sujeito e vítima da própria exploração, porém, acredita que possui liberdade de escolha.

Por sua vez, quanto à exposição nas redes sociais, Bauman assinala que "os usuários ficam felizes por revelarem detalhes íntimos de suas vidas pessoais"[26]. Portanto, a busca pela obtenção do prazer em redes sociais enseja a apresentação de uma imagem bela, que satisfaça um juízo de gosto universal, gerando satisfação tanto para quem deseja quanto para quem é desejado, ou seja, consumidor e mercadoria, conforme discutido pelo filósofo Bauman[27]. Isso gera um ciclo de dependência do indivíduo e obsessão pela manutenção da felicidade digital, aprisionando-o na cadeia de produção do prazer.

Uma forma de obter reconhecimento e manter-se no cerne dos interesses dos integrantes das mídias sociais é por meio de uma apresentação física atrativa. A beleza, objeto de desejo e prazer, antes limitada a determinados indivíduos, pode ser aperfeiçoada pela edição de imagens realizada por meios eletrônicos, estando,

---

[25] HAN, Byung-Chul. **No Enxame…** *cit* p.14.

[26] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p.8, 2008.

[27] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para…** *cit* p.9.

portanto, ao alcance de todos. Em que pese as redes sociais muitas vezes apresentarem um mundo irreal, em que todas as pessoas são felizes a todo tempo, estipulam um estado de felicidade como se fosse uma obrigação formal, por meio do compartilhamento de uma vida em todos os aspectos positiva.

Diante deste cenário de um mundo virtual, grande preocupação deve-se ao fato de que a felicidade permanente seja estipulada como premissa nas redes sociais, constituindo-se uma espécie de tirania da felicidade. Essa felicidade digital, marcada por exacerbação da positividade e pelo consumismo, acaba por estimular comparações rigorosas entre seguidores e ocasionar o efeito reverso, ou seja, tem como resultado pessoas insatisfeitas face às constantes comparações com um mundo em que na realidade é repleto de fantasia, se comparado ao mundo não virtual.

Tanto é assim, que as promessas muitas vezes compartilhadas em redes sociais podem tornar seus espectadores em pessoas ansiosas e depressivas. De acordo com o estudo realizado pela *Royal Society for Public Health*[28] acerca do uso de mídias sociais, o mesmo apresentou como resultado um aumento de 70% nos últimos 25 anos nas taxas de ansiedade e depressão, considerando a população de jovens entre 14 a 24 anos. Assim, se levarmos em consideração o período de pandemia, estes índices podem vir a apresentar em um aumento significativo por conta das medidas de isolamento social.

Devido à pandemia causada pelo Coronavírus, foram determinadas medidas que limitaram a possibilidade de circulação e vivência comunitária para a população, o que culminou com o aumento do uso de dispositivos eletrônicos com acesso à

[28] Royal Society for Public Health. Social media and young people's mental health and wellbeing. Disponível em:

<https://www.rsph.org.uk/static/uploaded/d125b27c-0b62-41c5-a2c0155a8887cd01.pdf>. Acesso em: 01/11/2020.

internet para fins de trabalho, estudo dentro dos lares e também como substituição às demais interações sociais que costumavam ocorrer presencialmente, incluindo o lazer e a busca pela satisfação pessoal, ainda mais circunscritos às redes sociais. Segundo levantamento da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)[29], o uso da internet no Brasil aumentou entre 40% e 50%, o que se relaciona com o fato de que 56% dos brasileiros afirmaram uma melhor adaptação à tecnologia após o surgimento da pandemia[30]. Além disso, dentre as atividades realizadas na internet, cerca de 40% relacionam-se ao acesso à redes sociais.

Dessa forma, a pandemia legitimou a vivência por meio das redes sociais, que já se apresentava em crescimento mesmo antes do surgimento do covid-19, mas que justificou seu impulsionamento pelas questões de saúde pública no período de isolamento social. Portanto, a obtenção do prazer, no contexto atual, está vinculada à exposição em redes sociais a fim de obter reconhecimento pela comunidade virtual, por meio do número de visualizações e comentários de postagens, além das "curtidas", que mensuram o grau de aprovação e o juízo de gosto da sociedade em relação ao indivíduo.

Diante desse cenário pandêmico, a reflexão sobre o uso das redes sociais e da real necessidade do ser humano acerca da felicidade baseia-se no fato utilizarmo-nos da tecnologia como um meio e não como uma condição para buscar a felicidade.

3 O CÁRCERE E O *HABEAS CORPUS* DA FELICIDADE DIGITAL

[29]ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações. Painéis de dados da Anatel - Consumidor. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/paineis/consumidor/>. Acesso em 25/10/2020.

[30]IBOPE, Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística. Data Stories: A tecnologia e o indivíduo on demand. Kantar Ibope Media, São Paulo, ago/2020. Disponível em: <https://my.visme.co/view/vdjpqo3w-data-stories-ed-1-tecnologia>. Acesso em: 22/10/2020.

Passa-se agora à exposição da legitimidade ou não da felicidade digital, compreendida esta como o modelo de felicidade decorrente da interação nas redes sociais. Questiona-se: o modelo de felicidade digital e de seus padrões de comportamento permitem visualizar alguma noção de felicidade segundo conceituaram-na previamente os filósofos?

3.1 A legitimidade da felicidade digital

Dentre os conceitos apresentados, os mais remotos são os dos filósofos gregos, o que não significa que não encontrem aplicabilidade para a apreciação da digitalidade.

Para Sócrates[31], a felicidade é obtida a partir do conhecimento da verdade e, sendo felicidade digital se fundada em falsas promessas, não é legítima segundo seu conceito filosófico. Nas fotos das redes, o corpo abandona o declínio e é camuflado pelo belo. O mundo externo e a *relação* entre as pessoas causam impactos negativos menores, visto o usuário está protegido atrás da tela, com autonomia para aparecer e ser quem quiser, mesmo não condizendo com a realidade. O "sentir-se atrativo" pode ser considerado como necessidade altamente represada, e sua satisfação repentina acontece pela cumulação de *curtidas*.

Na filosofia platônica se conjuga a felicidade num plano político e noutro, individual. Quanto a este último, Platão afirma que sua conquista demanda do indivíduo domar sua alma concupiscente e manter o controle sobre sua animosidade (alma irascível), subordinando-a à racionalidade (alma racional)[32]. As redes sociais operam sob a lógica de consumo, demandando a repetição de comportamentos sem que a produção do estado de felicidade ocorra de forma plena. Desse modo, o indivíduo se ocupa constantemente de dar razão aos seus ímpetos, mergulhado numa

[31] GHIRALDELLI JR., Paulo. **Introdução…** *cit.* p. 15.

[32] PLATÃO. **A república…** *cit*. p. 222.

realidade aparente. Por sua natureza artificial, ela se distancia do mundo das ideias, o qual contém a verdade, cuja descoberta constitui o propósito do ser humano e, portanto, incapaz de garantir a felicidade.

Outrossim, no conjunto da sociedade, a utilização desse meio de interação digital faz com que os membros da comunidade se alheiem de suas funções ideais, interferindo no funcionamento do tecido social. A concepção platônica pode ser estendida além das três classes aventadas pelo filósofo, considerando que o sofrimento resultante das psicopatologias - que podem ter como causa o uso inadvertido das redes sociais e a confiança nas promessas do regime de felicidade, como demonstrado alhures - impacta não só o trabalho e a circulação econômica, mas todas as esferas da vida do indivíduo. Assim pode-se afirmar que tanto os pressupostos de felicidade coletiva como individual não são cumpridos por meio da interação nas redes sociais pelo modo que ocorre hoje.

A fórmula de Aristóteles, em sentido similar à de Platão, também adverte que o atendimento inadvertido aos impulsos pode ser pernicioso à conquista do estado de felicidade, mas estrutura-se sob a categoria da *virtude*[33]. A título do exemplo do usuário que adultera a própria imagem para aparentar a beleza, pratica comportamento que tende à falta da virtude da *veracidade* e, portanto, distancia-se do conceito filosófico de Aristóteles, que crê que somente o homem que age buscando moderação é apto a alcançar a felicidade.

Por outro lado, as condutas reproduzidas nas redes, de (auto)exposição se amoldam à felicidade política apresentada pelo filósofo, que se funda no reconhecimento dos outros. Ainda assim, como na Antiguidade, não há como se garantir que esse reconhecimento é fundado no verdadeiro respeito e apreço, de sorte

[33]ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 47.

que Aristóteles a considera uma forma intermediária, não superando a felicidade racional, que entende ser a felicidade em essência.

Na definição kantiana, a felicidade é o móbil empírico das ações humanas, ou seja, é a sensação de bem-estar e plenitude que move os indivíduos à realização de determinadas condutas[34]. Assim, a felicidade encontra completamente dissociada de um agir moral, a despeito de Kant reconhecer que esse seja um caminho possível - mas não o único - para a felicidade.

Tendo isso em vista, ao tomar a perspectiva do filósofo iluminista, pode-se afirmar que as atitudes que propiciam a felicidade digital, caso, de fato, resultem num estado de consciência agradável, estão sendo um meio adequado à realização do propósito do ser humano. Isso mesmo que não se coadune com o imperativo categórico de Kant, sua máxima moral.

No tocante ao funcionamento das redes sociais como vitrines, segundo aduz Kant[35], o julgamento da beleza está associado ao sentimento de prazer. Desse modo, a tecnologia permite que se alcance o belo, gerando uma sensação de prazer condicionada ao desejo, tanto para o sujeito quanto para o objeto.

Entretanto, como já ressaltado, é questionável a instituição de um padrão único ou limitado para realização da felicidade de forma massiva pela sociedade, haja vista que cada indivíduo possui necessidades particulares a serem atendidas para atingir a felicidade, como o próprio filósofo reconhece.

Por sua vez, o postulado de Kant se afina com o de Freud na medida em que ambos reconhecem que a felicidade provém da realização dos desejos humanos. Para o último, em específico, trata-se de dar vazão às pulsões. A felicidade, que,

[34]KANT, Immanuel. **A fundamentação…** *cit.* p. 67.

[35]KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade de Julgar.** Trad. Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Vozes, 2016, p.10.

segundo Freud[36], está relacionada à obtenção do prazer e ao contorno da dor e do sofrimento, pode agora estar condicionada ao mundo digital, o qual apresenta formas de manter e, mais ainda, ampliar a satisfação pelo controle de suas variáveis, de modo a pretender excluir o sofrimento de maneira perpétua.

Todavia, a interação com as redes sociais ataca apenas uma das três causas de infelicidade elencadas pelo psicanalista. Ora, a apresentação de um corpo belo não impede seu desgaste, veiculando-se apenas a momentos de contentamento, e não contorna a fatalidade dos reveses e aborrecimentos advenientes do mundo externo, restando às atividades nas redes sociais apenas a tarefa de diminuir o sofrimento proveniente das relações humanas.

Nesse sentido, essas atividades cumpririam o papel de uma das medidas paliativas ao sofrimento, que são os satisfações substitutivas[37], não preenchendo a demanda emocional original, mas mitigando-a. Por outro lado, como já assinalado, as redes sociais podem ter efeito contraintuitivo sobre a(o) usuária(o), revelando-o fontes inalcançáveis de felicidade, que veiculam apenas vivências prazerosas e positivas como se compusessem a totalidade da experiência do indivíduo .

Diante do exposto, conclui-se que a felicidade digital, aquela prometida pela interação nas redes sociais, poderia ser observada por alguns dos filósofos apresentados e designada como tal. Inobstante, mesmo da parte daqueles que reconhecem a interação nas redes, da forma que foi exposta, poder ser fonte de felicidade, tem-se que por sua artificialidade, seu caráter repetitivo e pelas promessas frustradas, e não é possível admiti-la senão como um simulacro de outras formas mais completas de felicidade, servindo, portanto, como paliativo ao sofrimento, sem atacar

[36] FREUD, Sigmund. **O mal-estar…** *cit* p.21 **na civilização.**

[37] ENGLER, Marco Reus. Freud e a semiconsciência feliz: o mal-estar na civilização e a pós-modernidade. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 19-38. 2013. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/intuitio/article/view/13560>. Acesso em: 30/10/2020.

suas causas. Entretanto, com sua pretensão de ser satisfatória, torna o usuário cativo de suas promessas.

3.2 A captura pela felicidade digital

A moral sempre foi aquilo que definiu o homem. Platão[38], em seus primeiros estudos, deduziu, a partir de três diálogos, os três conceitos capazes de dar significado à moral[39], sendo eles: (a) santidade; (b) bem; e (c) justiça. O primeiro está ligado aos deuses e muitas vezes toma o significado de piedade. Por sua vez, o segundo conecta-se ao dever de agir corretamente. Quanto à justiça, essa - cujo significado mais sofreu alterações na história - relaciona-se a uma cadeia de causa e consequência.

Conhecendo essas três características que compõem a moral e constituem o humano, mostra-se essencial transpor tais conceitos aos dias atuais, isto é, reconceituá-los para o presente de uma sociedade tecnológica que anseia atenção. Dessa forma, a santidade deu lugar à *internet*, o bem deu lugar a estar sempre conectado e interagindo, por fim, a justiça deu lugar ao *like* ou *dislik*e, podendo evoluir ao "cancelamento" do usuário.

Nesse sentido, é essencial destacar o prisma de análise social desenvolvido por Stuart Mill e Jeremy Bentham, o utilitarismo. Bentham[40] dedicou sua vida a estudar o fenômeno da maximização da felicidade como mais elevado objetivo da moral. É certo que o autor foi um estudioso de legislações e sua tese foi desenvolvida para ser

[38] FRAILE, Guillermo. **Historia de la Filosofia I: Grécia y Roma.** Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 5ª ed., 1982, p. 324-325.

[39] PLATÃO. **Êutifron, Apologia de Sócrates, Críton.** Tradução, introdução e notas de José trindade Santos. Brasil Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 4ª ed., 1993, p. 24-56.

[40] BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação.** Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 3ª ed., 1984, p. 13-15.

aplicada ao campo legislativo, por óbvio, no entanto sua teoria foi além, atingindo a moral dos indivíduos, esses que naturalmente buscam o prazer e se afastando da dor.

Michael Sandel relata que para os autores é justificável realizar certos sacrifícios, a depender do caso, a fim de atingir uma felicidade plena[41]. Assim, ao conectar a filosofia do utilitarismo 'atual' com o narcisismo[42] e com a moral tecnológica - para revisitar concepção platônica - nota-se que os indivíduos estabeleceram padrões de consumo, em que o objeto, porventura, pode ser elas mesmas e essas se aprisionam em uma felicidade irreal, justificada pelos bens. A crença de que a felicidade se realiza externamente ao indivíduo, ou seja, por meio da propriedade e apresentação de haveres materiais, a qual lhe rende, entretanto, permanente insatisfação.

Nesse sentido, Adorno escreve em seu livro "Indústria Cultural e a Sociedade" sobre a reprodução dos padrões culturais de forma auto-alienante, pois não permite a autonomia consciente dos indivíduos[43]. Esse processo se evidencia nas redes sociais, que aprisionam o indivíduo a adotar um determinado comportamento, atuando como um agente feliz todo o tempo.

Partindo dessa análise, é evidenciada uma cadeia auto-alienante em que os requisitos são a felicidade e o consumo. Essa cadeia é sustentada pela obsessão dos indivíduos em maximizar a felicidade por meio do consumo, e consequentemente,

---

[41] SANDEL. Michael Joseph. **Justiça: O que fazer é a coisa certa.** Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 24ª ed., 2017. p. 54- 55.

[42] Refere-se ao mito de Narciso, em que o herói que ao olhar para seu reflexo se apaixona, de tal modo que essa paixão o leva à morte, por se afogar no rio em que se admirava. Esse é o cenário que descreve as realidades atuais do mundo, em que indivíduos se apaixonaram em compartilhar sua felicidade aparente.

[43] ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund. **Indústria Cultural e Sociedade.** Trad. Juba Elisabeth Levy, et. al. São Paulo: Paz e Terra, 5ª ed., 2002. p. 5-7.

tornam-se objetos de desejo de outros indivíduos, permanecendo em um espiral infinito, pela qual a felicidade no ambiente digital torna-se um cárcere.

CONCLUSÃO

As redes sociais possibilitam ao ser humano a realização de desejos primitivos, como o consumo da imagem e da beleza para a satisfação pessoal. Da mesma forma, ser objeto de consumo *online* também gera a sensação de prazer para os indivíduos, na medida em que convalida a aprovação do sujeito pela comunidade digital.

A oportunidade de ser consumidor e mercadoria irrompe em uma falsa impressão de liberdade, na qual o indivíduo acredita ter a faculdade de interagir nas redes sociais até os limites impostos pelo seu próprio ego, sem perceber o aprisionamento psicológico ao qual está inserido, decorrente da busca obsessiva pelo prazer. A felicidade exposta nas mídias digitais é atribuída ao gozo, provindo da satisfação dos instintos, o que resulta em um ciclo de dependência emocional. Dessa forma, o conceito de felicidade, amplamente discutido e analisado pela filosofia, é restringido a um juízo superficial de beleza, satisfação e aprovação social.

Na concepção dos filósofos da antiguidade, assim como na filosofia kantiana, a felicidade é uma consequência das ações dos indivíduos, voltadas para um fim moral, de contribuição com os outros seres humanos, resultando assim na própria felicidade do agente. Em uma análise mais contemporânea, Bauman e Han criticam essa forma de buscar a felicidade por meio do consumo e da autoexploração, renunciando à individualidade para tornar-se parte de uma comunidade que o aprove e o reconheça como tal. Apesar de Freud atribuir à felicidade a satisfação pessoal e a ausência de dor, o autor elenca como cerne principal da temática as relações sociais, que podem ser tanto a fonte do sofrimento humano, mas também de satisfação.

Posto isso, conclui-se que a felicidade digital é incapaz de atender às necessidades de satisfação do ser humano contemporâneo, em razão de instituir um modelo de perpétuo e uniforme contentamento, que desconsidera a individualidade do sujeito e a complexidade da experiência humana. Assim, a busca pelo prazer é inata ao ser humano e é um propósito legítimo, mas, para realizá-lo, devem ser consideradas alternativas, digitais e não digitais, ao modo de convívio estabelecido nas redes sociais, visando permitir aos usuários satisfação sob bases mais concretas e humanas.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Indústria Cultural e Sociedade.** Trad. Juba Elisabeth Levy, et. al. São Paulo: Paz e Terra, 5ª ed., 2002.

ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Painéis de dados da Anatel - Consumidor**. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/paineis/consumidor/>. Acesso em 25/10/2020.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 4ª ed., 1991. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/%C3%89tica-a-Nic%C3%B4maco.pdf>. Acesso em: 01/11/2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. **Vigilância líquida.** Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação.** Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 3ª ed., 1984.

BUENO, Felipe. A Felicidade como Imperativo Digital. Blog Felipe Bueno, 2017. Disponível em: <https://medium.com/@felipejbueno/a-felicidade-como-imperativo-da-era-digital-7b61d7ba7b1c>. Acesso em: 25/10/2020.

CHAUI, Marilena; et. al. **Primeira Filosofia: Lições Introdutórias.** São Paulo: Editora Brasiliense s.a, 1984.

FELICIDADE. *In*: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/felicidade/>. Acesso em: 26/10/2020.

FRAILE, Guillermo. **Historia de la Filosofia I: Grécia y Roma.** Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 5ª ed., 1982.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. In: Novas conferências introdutórias e outros textos. São Paulo: Companhia das Letras, v. 18, 2010 (Original publicado em 1930). Disponível em: <https://joaocamillopenna.files.wordpress.com/2013/10/freud-obras-completas-vol-18-1930-1936.pdf>. Acesso em: 21/10/2020.

ENGLER, Marco Reus. Freud e a semiconsciência feliz: o mal-estar na civilização e a pós-modernidade. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, 2013, p. 19-38. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/intuitio/article/view/13560>. Acesso em: 30/10/2020.

GHIRALDELLI JR., Paulo. **Introdução à Filosofia.** São Paulo: Editora Manole, 2003.

HAN, Byung-Chul. **No Enxame - Reflexões Sobre o Digital**. Trad de Miguel Serras Pereira. Portugal: Relógio D'Água Editores, out. 2016.

IBOPE, Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística. **Data Stories: A tecnologia e o indivíduo on demand**. Kantar Ibope Media, São Paulo, ago/2020. Disponível em: <https://my.visme.co/view/vdjpqo3w-data-stories-ed-1-tecnologia>. Acesso em: 22/10/2020.

KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade de Julgar.** Trad. Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Vozes, 2016.

KANT, Immanuel. **A fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997. Disponível em: <http://estudopsicologia.weebly.com/uploads/2/3/4/5/23456350/kante-

fundamentacaodametafisicadoscostumes-trad-pauloquintela-edicoes70-120p.pdf>. Acesso em: 31/10/2020.

NASCIMENTO, Kelvis L.; SILVA, Allyson D. M. **A sociedade Líquida e o Conceito de Felicidade em a "Arte da Vida**" de Zygmunt Bauman. Cadernos de Zygmunt Bauman – UFMA. Disponível em:< http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/10945/6544 >. Acesso em: 24/10/2020.

PALLARES-BURKE, Maria Lúcia Garcia. Entrevista com Zigmunt Bauman. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 301-325, jun. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702004000100015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28/10/2020.

PLATÃO. **A República.** Tradução de Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém: EDUFPA, 2000. p.222. Disponível em: https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/213190/mod_resource/content/1/PLATAO.%20-A%20Republica-EDUFPA.pdf. Acesso em: 22/10/2020.

PLATÃO. **Êutifron, Apologia de Sócrates, Críton.** Tradução, introdução e notas de José trindade Santos. Brasil Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 4ª ed., 1993.

RIBEIRO, Maria A. **A Tirania da Felicidade**. Portal Mato Grosso, 2018. Disponível em:<https://portalmatogrosso.com.br/a-tirania-da-felicidade-digital/>. Acesso em 27/10/2020.

ROYAL SOCIETY FOR PUBLIC HEALTH. **Social media and young people's mental health and wellbeing**. Disponível em: <https://www.rsph.org.uk/static/uploaded/d125b27c-0b62-41c5-a2c0155a8887cd01.pdf >. Acesso em: 30/10/2020.

SANDEL. Michael J. **Justiça- O que fazer é a coisa certa.** Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 24ª ed., 2017.

SANTOS, Wigvan Junior Pereira dos. **Aristóteles: felicidade como fim das ações humanas**. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/filosofia/aristoteles-felicidade-como-fim-das-acoes-humanas.htm>. Acesso em 01 de novembro de 2020.

SCHERER, Berta Rieg. A felicidade e a moralidade em Kant. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 22, n. especial, p. 23-35, 2017. Disponível em

<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/4782>. Acesso em: 01/11/2020.

ZANELLA, Diego Carlos. O conceito da felicidade na fundamentação da moral em Kant. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 96-102, 13 out. 2009. Disponível em: <https://www.academia.edu/779258/O_conceito_de_felicidade_na_fundamenta%C3%A7%C3%A3o_da_moral_em_Kant>. Acesso em: 31/10/2020.

ZYGMUNT Bauman, Sócrates e a felicidade. Publicado pelo canal Fronteiras do Pensamento. Produção de Telos Cultural (00:00-02:41). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tYcrABq0-iU>. Acesso em: 27/10/2020.

REVISTA DIREITO FAE

FELICIDADE COMPRADA: UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS DALGPD NA COMERCIALIZAÇÃO DA FELICIDADE DENTRO DASREDES SOCIAIS

PURCHASED HAPPINESS: AN ANALYSIS OF THE REFLECTIONS OF LGPD IN THECOMMERCIALIZATION OF HAPPINESS WITHIN SOCIAL NETWORKS

Ana Laura Fonseca FRANKE[1]

Bernardo Antonio Canali PEREIRA[2]

Gabriela Ritondaro GALVÃO[3]

Hanna FEDALTO[4]

Maria Vitória Macarini KOEHLER[5]

Paloma Bastos Andrade COPETTI[6]

Rafael Henrique RESKE[7]

---

[1] Aluna do curso *Law Experience* - Direito Integral da FAE Centro Universitário. E-mail: anaffranke@gmail.com.

[2] Aluno do curso *Law Experience* - Direito Integral da FAE Centro Universitário. Membro

do Grupo de Estudos de Negociação e Mediação da FAE. Membro do Grupo de Estudos FAE FEED. E-mail: bernardocanali@gmail.com.

[3] Aluna do curso *Law Experience* - Direito Integral da FAE Centro Universitário. Membro

Do Grupo de Estudos de Negociação e Mediação da FAE Centro Universitário. E-mail: gabiritondarogalvao@gmail.com.

[4] Aluna do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Membro do Grupo de Estudos

de Negociação e Mediação da FAE. E-mail: hanna.fedalto@mail.fae.edu

[5] Aluna do curso *Law Experience* - Direito Integral da FAE Centro Universitário. Membrodo Grupo de Estudos de Negociação e Mediação da FAE Centro Universitário. E-mail: mavikoehler@gmail.com.

[6] Aluna do curso *Law Experience* - Direito Integral da FAE Centro Universitário. Membro do Grupo de Estudos FAE Feed. E-mail: paloma.copetti@mail.fae.edu.

[7] Aluno do curso *Law Experience* - Direito Integral da FAE Centro Universitário. Bolsistado Programa de Apoio à Iniciação Científica PAIC-FAE 2019/2020. Membro do Grupo de Estudos de Negociação e Mediação da FAE. Membro do Grupo de Arbitragem FAE. E-mail: rafa_reske@hotmail.com.

RESUMO

O advento da tecnologia mudou significativamente as relações intrapessoais e interpessoais. As redes sociais, neste contexto, se tornaram integrantes do cotidiano da população mundial, bem como se mostram como poderosas ferramentas para empresas incutirem comportamentos consumeristas e torná-los em sinônimos de felicidade aos indivíduos. A promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) busca trazer uma maior proteção aos titulares de dados, inclusive promovendo-lhes maior autonomia, principalmente na gestão da concessão de dados pessoais para empresas. Dessa forma, partindo de uma metodologia tipológica e comparativa, este artigo busca analisar como a LGPD viabiliza a autonomia de escolha pela felicidade diante do efeito de consumerização das redes sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Felicidade. Proteção de Dados. Redes Sociais.

ABSTRACT

The advent of technology has significantly changed intrapersonal and interpersonal relationships. In this context, social networks have become part of the daily lives of the world population, as well as showing themselves as powerful tools for companies to instill consumer behaviors and turn them into synonymous of happiness for individuals. The enactment of the General Data Protection Law (LGPD) look to bring greater protection to data subjects, including promoting the user greater autonomy, mainly in the management of the granting of personal data to companies. Thus, starting from a tipologic and comparative methodology, this article seeks to analyze how LGPD enables the autonomy of choice for happiness in the face of the consumerization effect of social networks.

KEYWORDS: Happiness. Data Protection. Social Media.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos anos, a sociedade mundial presenciou um desenvolvimento expressivo das tecnologias, principalmente da *internet* e das mídias sociais. Em decorrência desse processo, novas preocupações surgiram, dentre elas o problema da comercialização dos dados dos usuários, além do direcionamento de produtos e serviços aos indivíduos baseados nas informações coletadas.

Os dados são captados conforme a navegação do indivíduo na rede, obtendo, assim, um perfil com as preferências do usuário por meio das curtidas, compartilhamentos e buscas nos portais de comunicação. Com isso, é possível observar um efeito de consumerização, no qual o usuário da rede passa a ser o produto. É visível que ao utilizar estes dados, uma empresa, por exemplo, tem a possibilidade de criar um público-alvo para seus produtos e oferecê-los aos consumidores que têm mais probabilidade de comprá-los.

Ademais, em decorrência dessa transformação dos usuários em produtos, a capacidade de racionalizar as informações recebidas diariamente nas redes sociais começou a ficar comprometida, gerando uma espécie de círculo vicioso em que a oferta que lhes é apresentada oferece a "experiência" de felicidade dos usuários.

Consequentemente a esse cenário, a sociedade está vivendo em um estilo de vida baseado nos padrões consumeristas que são expostos nas mídias sociais e que constantemente geram a sensação de bem-estar e felicidade. Esse contexto faz com que o usuário fique cada vez mais dependente desse meio de interação digital e imergido no efeito de consumerização diante da utilização dos dados pessoais pelas empresas.

Diante disso, surgiu-se um movimento regulatório a essa realidade através da criação de regras que protegem estes dados e que têm como objetivo principal frear o uso exacerbado das informações recolhidas sem autorização prévia. Como fruto

do movimento, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi promulgada e tem por objetivo garantir o direito à privacidade e autonomia sob os dados pessoais dos usuários.

Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo analisar como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que entrou em vigor no Brasil no ano de 2020, viabiliza a autonomia de escolha do indivíduo sobre a sua concepção real de felicidade.

Este trabalho demonstra, primeiramente, por meio de dados e informações, o uso exacerbado das redes sociais e como esse fator alterou a realidade. A consequência é uma sociedade que vive frustrada por nunca atingir os padrões inalcançáveis ditados pelas mídias sociais.

Aponta, também, a busca incessante do indivíduo por uma felicidade definida pelo todo, mesmo tratando-se de um conceito utópico, generalizado e inatingível. Tal fato corrobora com a comercialização de uma falsa ideia de felicidade personificada na forma de produtos supérfluos e superficiais.

Retrata a temática da LGDP, demonstrando a importância de normas mais efetivas que visem a proteção da dignidade do ser humano frente à exposição sofrida neste meio tecnológico. A metodologia utilizada foi comparativa e tipológica, com referências bibliográficas, estudos quantitativos que viabilizam a compreensão qualitativa do fenômeno digital, no Brasil e ao redor do mundo.

2 A DEPENDÊNCIA NA ERA DO BOOM VIRTUAL E O TRATAMENTO DE DADOS

Diante do acelerado avanço tecnológico em todo o mundo, as redes sociais ganham cada vez mais espaço no cotidiano da população. No Brasil, a situação não é diferente: entre o mês de abril de 2019 e janeiro de 2020, o número de usuários de

redes sociais aumentou em 8.2%, o dia que corresponde a 11 milhões[8] de novos membros dessa comunidade. No entanto, tal realidade não é surpreendente, tampouco improvável; Bauman, em 1925, já vislumbrava que "*[...] levar a vida social eletronicamente mediada não é mais uma opção, mas uma necessidade do tipo 'pegar ou largar'*"[9]

Considerando que o algoritmo dos aplicativos é programado para instigar o usuário a irracionalmente consumir e fornecer informações que o manterão em frente à tela por horas, cabe ao próprio utilizador usufruir de sua autonomia e optar por se expor ou se resguardar nas mídias. Sobre tal poder de escolha do consumidor, Bauman já explicava que "*na maioria das descrições, o mundo formado e sustentado pela sociedade de consumidores fica claramente dividido entre as coisas a serem escolhidas e os que as escolhem; as mercadorias e seus consumidores: as coisas a serem consumidas e os seres humanos que as consomem*"[10].

Diante desta sociedade de consumo, o ser humano tornou-se o manequim da vitrine virtual, caracterizando-se como a própria mercadoria a ser anunciada e viralizada. Esta exposição desarrazoável leva o indivíduo a ser refém de suas aparências e das críticas do auditório que tem o poder de aprová-lo ou cancelá-lo. A Mestre em Psicologia Bruna Lantyer Oliveira Garcia[11] afirma que:

---

[8] KEMP, Simon. **Digital 2020**: Brazil. Disponível em:https://datareportal.com/reports/digital-2020-brazil. Acesso em: 30 out. 2020.

[9] BAUMAN, Zygmunt, 1925. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. P. 09

[10] BAUMAN, *Op. cit.*, p.20

[11] LANTYER, Bruna. Psicólogos (as) no Contexto Digital: Gerenciamento de Impressões em Redes Sociais. Dissertação (mestrado em psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 90 p. 2020.

> Marwick & Boyd (2014) questionam a exposição em si de adolescentes como sinônimo de perda da privacidade. É argumentado que em interações sociais nos contextos digitais, a lógica do que é público e do que é privado passa a corresponder não mais apenas a referenciais individuais, mas sim àrede de interações. A privacidade em rede está submetida a uma estrutura que responde às normas sociais daquela plataforma, aos contextos sobrepostos e às possibilidades técnicas daquela.

O professor da Universidade Paris VII – Denis-Diderot, Eugène Enrique[12] apontou que *"a nudez física, social e psíquica está na ordem do dia"*, o que demonstra a banalização da intimidade e privacidade na modernidade dita como líquida pelo próprio autor.

O palco virtual segue a mesma lógica da trivialização das relações interpessoais de Bauman, visto que o indivíduo - apesar de ter em si o poder de escolha - é impelido a abdicar de seus próprios desejos e princípios para alinhar-se aos moldes impostos nas redes sociais. Desse modo, como aponta Bauman, aqueles indivíduos que desviarem do modo de vida virtual, são excluídos e tidos como alienados:

> Eugène Enriquez resumiu a mensagem que se pode extrair das crescentes evidências coletadas em todos os setores do mundo líquido-moderno dos consumidores: Desde que não se esqueça que o que antes era invisível - a parcela de intimidade, a vida interior de cada pessoa - agora deve ser exposto no palco público (principalmente nas telas de TV, mas também na ribalta literária), vai-se compreender que aqueles que zelam por sua

[12] BAUMAN, *Op. cit.*, p. 09.

> invisibilidade tendem a ser rejeitados, colocados de lado ou considerados suspeitos de um crime.[13]

O documentário "Dilema das Redes", escrito e dirigido por Jeff Orlowski, ilustra minuciosamente o *backstage* e a dinâmica do funcionamento das plataformas virtuais às quais a sociedade confia sua intimidade. O ponto central do documentário consiste no desenfreado cruzamento de dados dos usuários que culmina num ciclo vicioso de navegação nas redes sociais. Este cruzamento automaticamente expõe o usuário como mercadoria num sistema em que seu tempo *online* é a moeda de troca e em que, quanto mais ele é influenciado, mais dependente se torna, ficando, assim, mais manipulável.

Lazzarotto e Negri concluem que *"o marketing não é mais somente uma técnica de venda, mas um dispositivo de constituição das relações sociais, de informações, de valores para o mercado"*.[14]

Na análise de Domingos[15], *"os algoritmos encontram-se em todos os recantos da civilização. Estão inseridos no tecido da vida quotidiana"*. Desde uma recomendação da Netflix a uma sugestão de compra numa plataforma de vendas online, o algoritmo já está inserido no dia a dia do usuário. Eneus Trindade expõe que *"essa perspectiva com a evolução da neurociência, ciência cognitiva em interface com a crescente inteligência artificial, superando limites da física, biologia e química,*

---

[13] BAUMAN, *Op. cit.*, p. 09.

[14] LAZZARATO, Maurizio; NEGRI, Antonio. **Trabalho imaterial**: *formas de vida e produção de subjetividade*. Rio de Janeiro: editora: DP&A, 2001. p. 64.

[15] DOMINGOS, Pedro. **A revolução do algoritmo mestre:** *como a aprendizagem está a mudar o mundo*.5. ed. Lisboa: Ed. Manuscrito, 2017, p.25.

tende a se aperfeiçoar e expandir não só no campo das promoções, mas das institucionalizações e afetos. Em breve as comunicações numéricas entenderão as emoções humanas".[16]

A exposição demasiada nas redes sociais culmina numa competição entre os indivíduos sobre os mais variados aspectos da vida pessoal, os induzindo a seguir determinado padrão de vida sem considerar suas próprias aspirações e desejos. Esta padronização de comportamento desconsidera as individualidades de cada pessoa, o que propicia sua constante frustração e insatisfação. Segundo Bauman, "*para alguns, "globalização" é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, "globalização" é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processoque afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira"*[17].

3 FELICIDADE E INDIVIDUALIDADE

"A felicidade é uma soberana exigente, sobretudo a felicidade dos outros. Uma soberana muito mais exigente do que a verdade, quando não se está condicionado para aceitá-la sem restrições.[18]" Aldous Huxley, em sua obra "Admirável

[16] TRINDADE, Eneus. **Tendências para pensar a formação em publicidade na contemporaneidade**. Revista Latinoamericana de Ciencias de la Comunicación. São Paulo: ALAIC, v. 14, n. 27, 2017, 2017, p.37- 41, novembro, 2017.

[17] [17] BAUMAN, Zygmunt. **Quarenta e quatro cartas do mundo líquido moderno**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2011, p. 05.

[18] HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**, Trad. Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Ed. Globo, 1932, p.147.

Mundo Novo", já avisava que a felicidade é uma soberana exigente, ainda mais aqueles que a aceitam sem restrições. O aviso registrado em sua distopia, tornou-se realidade.

Nas palavras de MacMahon[19], "[...] a maneira como homens e mulheres compreendem a felicidade – como eles se propõem a conquistá-la e se têm a expectativa de fazê-la – varia drasticamente entre as culturas e ao longo do tempo. [...]". Deste modo, entende-se que o conceito da felicidade é relativo e proporcional a dois fatores: 1) ao meio inserido e 2) ao tempo. Assim, com a mudança nos meios de comunicação entre os indivíduos dentro de uma sociedade, aliado aoconhecimento de inovação de tecnologias, o caminhar da humanidade fez com que a felicidade tivesse novas adaptações e, consequentemente, uma relação quase quedireta com as redes sociais.

Com esta relação, a utilização de dados pessoais para a criação de um algoritmo individual que bombardeia o indivíduo de informações que são "supostamente" de seu interesse e corroboram a idealização de um conceito de felicidade que só será alcançado caso se assemelhe ao retratado nas redes sociais, é a personificação clara das palavras de Huxley.

Apesar da felicidade ser buscada pelo ser humano desde que se percebeu como racional, ainda é um conceito muito subjetivo e controverso, sem roteiros, receitas ou manuais esquematizados para que seja encontrada. Kant, em suas obras, disserta que a felicidade é uma busca universal e um dever indireto do ente racional humano.

Todavia, trata-se de um conceito impossível de ser determinado precisamente pois depende de uma universalização dos desejos, sendo, portanto, um ideal impossível de ser estabelecido. Tendo por consequência dessa tirania dapositividade, a obrigação de que todos precisam ser felizes, independente das circunstâncias

[19] MCMAHON, Darrin. **Happiness: a history.** New York: Atlantic Monthly Press, 2006. p.14.

diárias.

Na visão kantiana, a felicidade pauta-se nos desejos subjetivos de prazer e dor visando a maximização do bem-estar do indivíduo, ou seja, relaciona-se com as sensações individuais do agente, não podendo ser tratada como princípio universal.

Em sua obra "Crítica da Faculdade do Juízo"[20], Kant explica o gosto como a faculdade de ajuizamento do belo, significando que uma investigação do que seja o belo deve pautar-se pela análise dos juízos a partir dos quais o gosto se expressa e que é na experiência do sujeito – não nos objetos – que devemos procurar o que nos faz definir propriamente a beleza de algo.

Neste sentido, as redes sociais se tornam cenários e concebedoras de estados de felicidade por dois motivos importantes: primeiro, a partir das interações vivenciadas nelas o agente experimenta e constrói seus referenciais de bem-estar; segundo, elas também se apresentam como instrumentos de busca de felicidade na medida em que nessas mesmas interações encontram-se os recursos necessários para obter os ingredientes sociais do ser feliz.

Todavia, se a felicidade é individual e aquilo que se compreende como belo tem como embasamento as experiências e as sensações que elas remetem a cada um, é errôneo que sociedade adote um padrão de felicidade pautado em uma "realidade" virtual que vincula o "ser feliz" a bens materiais, um corpo em boa forma e viagens internacionais. De tal forma que, como um novo imperativo categórico[21], ser feliz e usufruir do bem-estar tornam-se a imposição de uma sociedade das aparências.

---

[20] KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do Juízo,** 3 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012. p. 79-84.

[21] Para esse conceito tem-se a máxima: *"Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza"*. Desse modo, uma ação moralmente correta será aquela que for universalmente válida e aceitável. KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Traduzido por Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

Associar a felicidade ao consumo é letal. A partir do momento que vende-se osentimento como algo que pode ser adquirido, à vista ou parcelado, o indivíduo enxergará o consumo como sinônimo de uma felicidade momentânea, tornando-se um ciclo vicioso que pode perdurar por muito tempo sem nunca proporcionar a chance de uma experiência real de felicidade ao agente e nem mesmo, a oportunidade de entender a si mesmo, uma vez que sempre irá esconder-se emsuas compras desenfreadas.

Outrossim, com o advento das redes sociais, o consumismo foi elevado a um novo patamar, no qual o indivíduo está exposto vinte e quatro horas por dia a propagandas, *influencers* e anúncios incessantes. Segundo a pesquisa 'Hábitos e comportamento dos usuários de redes sociais no Brasil', da empresa de análise e interação da mídia gerada pelo consumidor E.life, as redes sociais são o quarto canal mais utilizado pelos usuários para se comunicarem com as empresas: deles, 66,9% acompanham as páginas e perfis de empresas, produtos e serviços em redessociais para terem atendimento on-line em caso de necessidade; 93,3% curtem páginas de empresas, produtos ou serviços no Facebook; 48,5% passaram a admirar mais as marcas depois de segui-las no Facebook.[22]

Além da comprovada influência das redes sociais no comportamento do consumidor, as estratégias de marketing utilizadas pelas empresas ao usufruir de personalidades famosas para promover parcerias que são reiteradamente anunciadas e encorajadas por estes influenciadores, tornando o consumidor o maior produto da internet.

Isso torna, notoriamente, o consumidor desse tipo de conteúdo um ser incansável pela busca de produtos (físicos ou não) que façam com que ele se

[22] SALGADO, Sandra. **Relação com o consumidor: impactos das redes sociais no comportamento de consumo**. Entrevista concedida a Andressa Neves. Canaltech, publicado nosite, 1 exemplar, p. 1, junho, 2016.

assemelhe ao modelo imposto em propagandas, e que, por conta de diferenças, muitas vezes, acaba por não conseguir o objetivo pretendido e não ficar satisfeito com essa situação.

Não ficando satisfeito, o consumidor tem por consequência a sua felicidade pressionada para que se pareça com os modelos e frustrada por não a alcançar, ocasionando uma série de problemas de autoestima e de reconhecimento social, tornando a sociedade atual a mais doente de todos os tempos.

Dessa forma, concluiu-se que esta padronização de comportamento desconsidera as individualidades de cada pessoa e define felicidade como um conceito genérico, superficial e limitado ao consumo desenfreado, desconsiderando as experiências e sensações de cada ser humano.

4 O PAPEL DA LGPD NA VIABILIZAÇÃO DO PODER DE ESCOLHAPELA FELICIDADE VIRTUAL

Com a crescente exposição do indivíduo nas redes sociais, surgiu a necessidade de ser criado um dispositivo legal especificamente direcionado ao amparo da intimidade do cidadão. Patrícia Peck Pinheiro[23] explica que *"(...) houve a necessidade de resgatar e repactuar o compromisso das instituições com os indivíduos, cidadãos desta atual sociedade digital, no tocante à proteção e à garantia dos direitos humanos fundamentais, como o da privacidade (…)"*.

Diante das demandas de uma sociedade tecnológica, a Lei Geral de Proteção de Dados - que entrou em vigor em setembro de 2020 - tem o intuito de efetivamente assegurar aos indivíduos o seu direito à privacidade através da transparência e

[23] PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais:** comentários à Lei n° 13.709/2018(LGPD). 1ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 17.

controle sobre seus dados. Emerson Gabardo[24] define que o *"Estado nacional e os organismos supranacionais devem estabelecer juridicamente seus fins a partir da ideia política de que precisam oferecer o máximo para os indivíduos.*", o que demonstra as razões pelas quais o Estado, através da LGPD, tenta proteger o indivíduo diante do uso descomedido das mídias.

No entanto, Peck ainda afirma que *"a base desse pacto é a liberdade, mas o fiel da balança é a transparência"*[25], demonstrando que a clareza de informações consiste num elemento fundamental para o entendimento que o cidadão tem de suas possíveis escolhas. Desse modo - aqui resgatando a ideia da autonomia de escolha dos indivíduos - percebe-se que, para que suas decisões sejam conscientes e compatíveis com seus valores, princípios e ideais de felicidade, o usuário deve estar livre de influências e induções.

Tendo em vista que o sistema das redes sociais representa uma teia de informações pessoais coletadas e cruzadas com o intuito de direcionar o usuário a determinadas ideias, produtos e serviços, a LGPD visa garantir ao cidadão sua privacidade e, principalmente, o controle sobre seus dados.

Desse modo, estando o usuário no controle do que é feito com seus dados, este passa a ter a real autonomia de escolha entre viver ou não tal regime de felicidade de vitrine. De acordo com Pierre Lévy, *"ao entender que grande parte da felicidade depende apenas das nossas ações, naturalmente ocorre o aumento de um sentimento que os psicólogos nomeiam de lócus de controle interno. Alguémcom*

---

[24] GABARDO, Emerson. **A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado Social**. Revista Digital de Direito Administrativo. v. 5, n. 1, 2018, p. 106.

[25] PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais:** comentários à Lei n° 13.709/2018 (LGPD). 1ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 17.

lócus de controle interno assume a responsabilidade pelo destino da sua vida; sabe que esse destino se desdobrou por causa das escolhas que fez".[26]

O pesquisador em ciência da informação e da comunicação Pierre Lévy[27] afirmou que "*Os instrumentos que construímos nos dão poderes mas, coletivamente responsáveis, a escolha está em nossas mãos"*. Neste sentido, cabe ao ser humano filtrar e refletir a respeito das milhares de informações que recebe diariamente nas redes sociais. Ademais, Pierre acrescenta que, *"a quantidade bruta de dados disponíveis se multiplica e se acelera. A densidade dos links entre informações aumenta vertiginosamente nos bancos de dados, nos hipertextos e nas redes. Os contatos transversais entre os indivíduos proliferam de forma anárquica. É o transbordamento caótico de informações, a inundação de dados"*[28] *[...].*

Este fenômeno de *boom* informacional acaba dificultando e, de certa forma, comprometendo o senso de racionalidade e de filtragem do indivíduo, o que o impede de criticar ideias antes de considerá-las integralmente. Trata-se, portanto, deum ciclo irracional de produção e consumo de elementos que irão compor o que entende-se por felicidade. O filósofo Byung-Chul Han afirmou que, *"hoje, os participantes na comunicação não consomem as informações de modo simplesmente passivo, mas geram-nas ativamente também eles próprios. Não há qualquer hierarquia inequívoca que separe o emissor do receptor. Cada um é emissor e receptor, consumidor e produtor, ao mesmo tempo"*[29].

---

[26] GAZIRI, Luiz. **Descubra a Ciência da Felicidade.** 1ª. ed. Ebook: Faro Editorial, 2019, p. 240.

[27] LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ebook. Editora 34, 1999. p. 17.

[28] LÉVY, *Op. cit*. p. 13.

[29] HAN, Byung-Chul. **No enxame: reflexões sobre o digital**. 1ª ed. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'água, 2016, p. 15.

Ademais, a essência das ferramentas virtuais consiste neste cruzamento automático de links que guiarão o usuário ao que mais lhe convém, de modo que este consome o que lhe é fornecido sem ao menos questionar e, ainda menos, decidir se pretende ou não consentir com este estilo de vida. O sociólogo Jean Baudrillard concluiu que, *"a virtualidade aproxima-se da felicidade somente por eliminar subrepticiamente a referência às coisas. Dá tudo, mas sutilmente. Aomesmo tempo, tudo esconde. O sujeito realiza-se perfeitamente aí, mas quando estáperfeitamente realizado, torna-se, de modo automático, objeto; instala-se o pânico"*[30]. A felicidade, então medida pelos padrões estabelecidos pela própria rede social, torna-se alcançável pelas próprias medidas do Estado em fornecer uma vidadigna e livre para seus cidadãos. Sendo a dignidade da pessoa humana a essênciada Constituição de 1988, consiste também no norteador do Estado na criação denovas leis que se adequem à realidade em que vivemos, visando, assim, a proteção ao cidadão, como é almejado pela Lei Geral de Proteção de Dados.

O professor Emerson Gabardo destaca que, *"a dignidade é o ponto de partida para a justificação dos fins do Estado democrático contemporâneo. O ponto de chegada é o "desenvolvimento da personalidade", que compreende, necessariamente, a felicidade como determinante essencial da atuação do Estado"*[31].

E não somente o direito fundamental à dignidade, como também o direito fundamental à felicidade, agora com meios de assegurar a própria autonomia do cidadão provinda pelo Estado social de direito. Emerson Gabardo acredita que, *"torna-se imprescindível recorrer à felicidade como princípio-condição suficiente, pois esta*

[30] BAUDRILLARD, Jean. Tela total – **Mito-ironias da era do virtual e da imagem.** 2ª ed. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 148-149.

[31] GABARDO, *Op. cit*. p. 106.

sim diz respeito às obrigações do Estado social republicano com o máximo atendimento aos indivíduos e não somente com o mínimo".[32]

Mas, *"ao mesmo tempo, a perceção de felicidade tem consequências, não só individuais (sobre a saúde e longevidade), como sociais (associando-se a produtividade, envolvimento comunitário e relações interpessoais)"*[33]

Bauman, por fim, concluiu que *"a líquida racionalidade moderna recomenda mantos leves e condena as caixas de aço". Nos compromissos duradouros, a líquida razão moderna enxerga a opressão; no engajamento permanente percebe a dependência incapacitante*[34][34]*."*

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos supra expostos, é possível concluir que, diante de todo oavanço tecnológico dos últimos anos, o ser humano tornou-se uma espécie de mercadoria a ser anunciada e viralizada.

Como consequência desta coleta, faz-se um cruzamento dos dados pessoais e informações contabilizadas com o então atual mercado, o que objetiva influenciar o usuário das mídias sociais a sentir a necessidade de adquirir determinados itens ou serviços, tornando-o, assim, manipulável e dependente de tais ofertas.

Assim, esta constante exposição dos indivíduos nas redes sociais produz uma padronização que desconsidera suas individualidades, os inserindo num ambiente competitivo no tangente aos mais variados aspectos de suas vidas privadas.

---

[32] GABARDO, *Op. cit*. p. 116.

[33] VEENHOVEN, Ruut. **Conditions of happiness.** 1ª ed., vol. 2. Rotterdam, The Netherlands. Editora: D. Reidel Publishing Company, 1984, p. 142.

[34] BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos.** Tradução - Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2004, p. 46.

A citada padronização resulta numa difícil relação com a felicidade almejada pelos seres humanos em toda a história de sua racionalidade; relação esta que, nos dias atuais, apesar de ser muito subjetiva e controversa, propõe um laço entre a felicidade em si e as redes sociais, culminando, assim, numa obrigação de ser feliz, independentemente das circunstâncias, como resultado.

Além disso, um segundo resultado desta ligação entre felicidade e as redes sociais em um mundo capitalista é a associação da felicidade ao consumo. Muitas vezes, o resultado é danoso para os seres humanos, visto que cria um ciclo vicioso na qual a felicidade é momentânea, frágil e substituível. Tendo em vista que existem produtos e serviços melhores a todo o momento, a "real felicidade" dos usuários fica cada dia mais inalcançável e, logo, os seres humanos passam a viver num constante estado de frustração.

Desse modo, é clara a minimização da individualidade e particularidade de cada ser humano, afinal, ambas são expressas erroneamente na massificação e generalização do conceito de felicidade, passando esta a ser meramente limitada ao consumo exacerbado.

Em reação à tamanha exposição dos usuários nas redes sociais, houve a necessidade da criação de um dispositivo legal que seja habilitado para regular a contabilização e recolhimento de dados dos indivíduos e, assim, assegurar-lhes seu direito fundamental à privacidade. Para tal, entrou em vigor no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados, que cumpre tal papel através da transparência e, ainda, concebendo ao usuário o controle integral de seus dados. O dispositivo legal em questão se faz necessário ao passo que, para que uma pessoa tenha autonomia de pensamentos nas suas escolhas e possa, assim, tomar decisões condizentes com seus valores, princípios e ideias de felicidade, esta deve estar livre de influências e induções das mídias sociais.

Antes de a LGPD entrar em vigor, o próprio sistema das mídias sociais

coletava dados e os cruzava com informações pessoais dos usuários, para assim direcionar ideias, produtos e serviços aos indivíduos com maior probabilidade de influenciar o usuário.

Tendo isto em vista, a LGPD busca garantir aos cidadãos brasileiros maior autonomia, privacidade, e, principalmente, controle sobre seus dados, para que assim estejam cientes do que fazem e, apenas então, escolham viver ou não no regime de felicidade de vitrine.

Portanto, é de suma importância que o usuário tenha o poder de optar por seguir com o estilo de vida da maneira que mais lhe convém. De modo que, mesmo que seja lhe apresentado ideias, produtos e serviços que ele supostamente precisaria, ele tenha a autonomia para mudar seu estilo de vida para um livre e digno, sem imposições das mídias sociais no que diz respeito ao conceito de felicidade.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, Jean. Tela total – **Mito-ironias da era do virtual e da imagem.** 2ª ed. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos.** Tradução - Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2004

BAUMAN, Zygmunt. **Quarenta e quatro cartas do mundo líquido moderno**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

DOMINGOS, Pedro. **A revolução do algoritmo mestre:** *como a aprendizagem está a mudar o mundo*. 5 ed. Lisboa: Ed. Manuscrito, 2017.

GABARDO, Emerson. **A felicidade como fundamento teórico dodesenvolvimento em um Estado Social**. Revista Digital de Direito Administrativo.v. 5, n. 1, 2018.

GAZIRI, Luiz. **Descubra a Ciência da Felicidade.** 1ª. ed. Ebook: Faro Editorial, 2019.

HAN, Byung-Chul. **No enxame: reflexões sobre o digital**. 1ª ed. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'água, 2016.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**, Trad. Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Ed. Globo, 1932.

KEMP, Simon. **Digital 2020**: Brazil. Disponível em < https://datareportal.com/reports/digital-2020-brazil>. Acesso em: 30 out. 2020.

KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do Juízo,** 3 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012.

LAZZARATO, Maurizio; NEGRI, Antonio. **Trabalho imaterial**: *formas de vida e produção de subjetividade*. Rio de Janeiro: editora: DP&A, 2001.

LANTYER, Bruna. **Psicólogos (as) no Contexto Digital: Gerenciamento de Impressões em Redes Sociais**. Dissertação (mestrado em psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 90 p. 2020.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999. [E-book]

MCMAHON, Darrin. **Happiness:** a history**.** New York: Atlantic Monthly Press, 2006.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais:** comentários à Lei n° 13.709/2018 (LGPD). 1ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

SALGADO, Sandra. **Relação com o consumidor: impactos das redes sociais no comportamento de consumo**. Entrevista concedida a Andressa Neves. Canaltech, publicado no site, 1 exemplar, p. 1, junho, 2016.

TRINDADE, Eneus. **Tendências para pensar a formação em publicidade na contemporaneidade**. Revista Latinoamericana de Ciencias de la Comunicación. São Paulo: ALAIC, v. 14, n. 27, 2017, 2017, p.37- 41, novembro, 2017.

VEENHOVEN, Ruut. **Conditions of happiness.** 1ª ed., vol. 2. Rotterdam, The Netherlands. Editora: D. Reidel Publishing Company, 1984, p. 142.