Anais do

II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E GESTÃO DE CONFLITOS

TRANSFORMANDO CONFLITOS EM OPORTUNIDADES

DE **23 A 27 DE OUTUBRO** DE 2023



Programa de Pós-Graduação em
DIREITO
Gestão de Conflitos
UNIVERSIDADE DE ARARAQUARA

II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E GESTÃO DE CONFLITOS

27 de outubro de 2023

Anais do

II Congresso Internacional de Direito e Gestão de Conflitos

"Transformando Conflitos em Oportunidades"

Coordenadores:

Profa. Dra. Audrey Moretti Martins

Prof. Dr. Edmundo Alves de Oliveira

Profa. Dra. Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro

Prof. Dr. Ricardo Augusto Bonotto Barboza

Editor:

Bruno Aloísio Cândido

ARARAQUARA-SP

UNIARA

2025

Universidade de Araraquara
Reitor: Prof. Dr. Luiz Felipe Cabral Mauro
Pró-Reitor Acadêmico: Prof. Flávio Módolo
Pró-Reitor Administrativo: Prof. Esp. Fernando Soares Mauro
Pró-Reitora de Pós-Graduação Stricto Sensu: Profa. Dra. Vera Lucia Silveira Botta Ferrante
Pró-Reitoria de Planejamento e Desenvolvimento: Prof. Dr. Ricardo Arruda Mauro

Programa de Pós-Graduação em Direito e Gestão de Conflitos
Coordenador: Prof. Dr. Edmundo Alves de Oliveira

Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas e
Coordenador da graduação em Direito: Prof. Dr. Fernando Passos

C758 Congresso Internacional de Direito e Gestão de Conflitos (2: 2023: Araraquara, SP)
Anais do II Congresso Internacional de Direito e Gestão de Conflitos: Transformando conflitos em oportunidade, 23 a 27 de outubro de 2023, Araraquara [recurso eletrônico] por Audrey Moretti Martins et al. - Araraquara: Universidade de Araraquara, 2025.
843f.

Disponível em: www.uniara.com.br/eventos/cid-gc-2023

ISBN 978-65-01-84170-0

1. Direito- Congresso. 2. Gestão de conflitos. I. Título.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Rosmary dos Santos CRB-8 4439

Ficha Técnica

Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara (UNIARA).

Comissão Organizadora do II CID-GC
Profa. Dra. Aline Ouriques Freire Fernandes
Prof. Dr. Edmundo Alves de Oliveira
Prof. Me. Ernesto Gomes Esteves Neto
Prof. Esp. Fernando Henrique Rugno da Silva
Profa. Me. Geralda Cristina F. Ramalheiro
Profa. Dra. Jamilie Gonçalves Calissi
Profa. Me. Larissa C. D. Gomes
Profa. Me. Mariana Passos Beraldo
Prof. Dr. Ricardo Augusto Bonotto Barboza

Comissão Científica
Prof. Me. Fernando Passos
Profa. Me. Julia Schütz Veiga
Profa. Me. Mônica Nogueira Rodrigues
Prof. Dr. Sergio Azevedo Fonseca

Apoio Técnico
Estefani Carolina Martins
Filipe José Rodrigues
Nathalia Elisa Pereira

Produção Técnica
Camila Módolo
Carolina Marques Déa
Celso Andretta Junior
Juliano Marcello
Rafael Lopes

Grupos de Trabalho (GTs) do II Congresso Internacional de Direito e Gestão de Conflitos

GT1: "Repensando a Justiça: Papel e Desafios do Poder Judiciário na Gestão de Conflitos"
GT2: " Repensando a Resolução de Conflitos: Alternativas à Jurisdição Tradicional"
GT3: " Inovações para a Gestão Proativa de Conflitos no Ambiente Empresarial"
GT4: " Conflitos Jurídicos em Foco: Desafios e Estratégias em Diferentes Contextos"
GT5: " Inovações no Direito"

Programa de Pós-Graduação em Direito e Gestão de Conflitos
Universidade de Araraquara - Uniara - Unidade II
Rua Carlos Gomes, 1338 - Araraquara/SP - CEP 14801-340

REALIZAÇÃO







Coordenadoria de Extensão do Curso de Direito

Coordenação do Curso de Direito

Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos

APOIO









Grupos de Pesquisa "Políticas Públicas para a Inovação e o Desenvolvimento Local" (Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho") e "Laboratório de Pesquisas Jurídica: Diálogo e Interações" (Uniara).

APRESENTAÇÃO

Caros Colegas, Profissionais e Pesquisadores(as) do Direito,

É com imensa honra e comprometimento que trazemos à luz o próximo marco em nossa jornada científica: o evento "Transformando Conflitos em Oportunidades: Inovação e Resiliência na Área Jurídica". A escolha dessa temática, marcada por sua complexidade e alcance, requer uma reflexão atenta e um entendimento profundo para que possamos genuinamente catalisar avanços significativos no cenário jurídico.

O título "Transformando Conflitos em Oportunidades" se ergue como um convite instigante e desafiador. No entanto, para assegurar que as contribuições deste evento atinjam eficazmente o aprimoramento do Direito, é imperativo compreender não somente a superfície, mas também as sutilezas subjacentes. Por isso, antes de adentrarmos nos protocolos formais que orientam o evento, é fundamental prover uma explanação que traduza a essência e a abrangência dessa abordagem.

O propósito primordial deste evento reside na exploração da confluência entre a capacidade de inovação e resiliência na esfera jurídica, visando a fomentar a transformação de conflitos em oportunidades concretas. A palavra "transformar" ocupa um lugar central, sugerindo não apenas a resolução, mas também a reconfiguração dos conflitos em um contexto de potencial evolutivo.

A inovação, por sua vez, figura como o agente impulsionador dessa metamorfose. No âmbito jurídico, a inovação transcende a simples introdução de tecnologias e abordagens modernas. Ela abarca a adaptação de conceitos, processos e pensamentos, permitindo a criação de soluções sem precedentes para desafios persistentes.

Por outro lado, a resiliência desempenha o papel de alicerce que capacita a absorção de impactos e a preservação da integridade, ao mesmo tempo que impulsiona a habilidade de recuperação após adversidades. No contexto do Direito, a resiliência engloba tanto a capacidade de manter a estabilidade original em meio a perturbações quanto a habilidade de restaurar a harmonia e a ordem após um desequilíbrio temporário.

Nesse sentido, é crucial que todos os envolvidos no evento compreendam a complexidade desses conceitos. A coesão argumentativa e a fundamentação embasada em evidências surgem

de uma compreensão compartilhada das expressões "inovação" e "resiliência" na perspectiva jurídica. Sem tal entendimento, corremos o risco de que cada autor atribua definições distintas a esses termos, prejudicando a avaliação criteriosa das contribuições.

Com essas elucidações, convidamos você a se unir a nós neste evento, mergulhando nas discussões sobre a capacidade transformativa do Direito diante dos conflitos e explorando as vias pelas quais a inovação e a resiliência podem convergir na busca por soluções e avanços jurídicos de substância.

Estamos confiantes de que esse encontro será um catalisador de reflexões enriquecedoras e uma plataforma para a construção colaborativa do conhecimento. Aguardamos com expectativa a sua participação e contribuições, sabendo que elas enriquecerão o cenário em constante evolução do campo jurídico.

Com dedicação e entusiasmo,

Comitê Organizador do Evento

LISTA DE TRABALHOS

GT 1: "Repensando a Justiça: Papel e Desafios do Poder Judiciário na Gestão de Conflitos":

Este grupo de trabalho se concentra na análise do papel fundamental do Poder Judiciário na gestão de conflitos, considerando sua interação com outras instituições. São exploradas estratégias eficientes de resolução de disputas, bem como os desafios e as oportunidades. O grupo oportunizará discussões aprofundadas sobre a busca por uma justiça mais acessível, efetiva e eficiente, considerando os diferentes aspectos jurídicos, sociais e econômicos envolvidos. Será um espaço para compartilhar experiências e analisar práticas inovadoras de gestão de conflitos, visando o aprimoramento do sistema judiciário e a promoção da justiça para todos. Além disso, constitui um espaço para evidenciar antagonismos estruturais, com base em conflitos, que se expressam em processos coletivos, ou na defesa de interesses difusos, exigindo ampliação uma ampliação de visão do Judiciário tradicional.

OS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL: A POSIÇÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO

Camila Abreu Biava.

O SISTEMA MULTIPORTAS NA AMÉRICA LATINA

Kátia Cristina Stamberk e Júlio César Franceschet.

A ATA NOTARIAL COMO INSTRUMENTO ÚTIL NA GESTÃO DE CONFLITOS PROCESSUAIS

Renato Douglas De Barros Silva, Aline Graciete De Araújo Miranda e Júlio César Franceschet.

DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – PROPRIEDADES E LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA

Renato Simão de Arruda.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: PERIGOS DE VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA

Dhyane Cristina Oro e Plínio Antônio Britto Gentil.

GT 2: " Repensando a Resolução de Conflitos: Alternativas à Jurisdição Tradicional"

Este grupo aborda a crescente tendência de desjudicialização e a busca por alternativas ao sistema judiciário tradicional. São discutidos modelos de solução de conflitos, como mediação, arbitragem e negociação, destacand suas vantagens, limitações e melhores práticas. O objetivo é explora abordagens inovadoras que promovam a eficiência, a celeridade e a redução de custos na resolução de disputas em todas as áreas do direito. Serão debatidas questões de viabilização relevantes, como a formação de mediadores e árbitros, a construção de uma cultura de resolução consensual de conflitos e o papel do Estado na promoção dessas alternativas. Em adição, serão analisados os instrumentos de desjudicialização já vigentes (mas que têm suas dificuldades), como convenções coletivas no direito do trabalho.

AUTOCOMPOSIÇÃO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL DE UBERLÂNDIA

Fábio Rosa Neto, Laura da Cunha Rezende Bueno e Vinícius Rosa Pereira do Couto.

A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Jamil Gonçalves do Nascimento Junior, José Carlos Oliveira e Ernesto Gomes Esteves Neto.

TELETRABALHO: A RELAÇÃO ENTRE TRABALHADOR, JORNADA DE TRABALHO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO

Mariana Fiorim, Jamile Gonçalves Calissi e Renato Passos Ornelas.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM OLHAR PARA OS CONFLITOS FUNDIÁRIOS ATRAVÉS DAS MEDIDAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EM ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL

Miriam da Costa Claudino; Cícera Itamar Nobre Friedrich; Plinio Gentil e Jamile G. Calissi.

ADR'S – GESTÃO DE CONFLITOS NA SENDA FAMILIAR IMPULSIONADA PELO CEJUSC ATRAVÉS DA MEDIÇÃO E CONCILIAÇÃO

Renato Zanolla Montefusco e Maristella Rossi Tomazeli.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOB A PERSPECTIVA DO PÓS HUMANISMO E DA PÓS-MODERNIDADE

Renato Zanolla Montefusco e Maristella Rossi Tomazeli.

CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA (CDA) E PROCESSO ADMINISTRATIVO DE COBRANÇA: LEGISLAÇÃO E FERRAMENTAS PARA IMPULSIONAR A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS E EVITAR A PRESCRIÇÃO

Aline Silva Souza; Cícera Itamar Nobre Friedrich e Carla Abrantkoski Rister.

PROPRIEDADE COMO PRERROGATIVA: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS, FILOSÓFICAS E JURÍDICAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Andressa de Souza Silva e José Eduardo Melhen.

CÂMARA NACIONAL DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS – INSTRUMENTO EFICAZ DE GESTÃO DE CONFLITOS EM MATÉRIA DESPORTIVA

Débora Passos, Júlio Cesar Franceschet, Bruna Nascimento Silva, João Pedro Lopes Bombardi.

IMPACTOS DA BASE DE CÁLCULO INADEQUADA DO ITBI NA ARRECADAÇÃO MUNICIPAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Jonne Fred Andrioti e Carla Abrantkoski Rister.

O IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO (ITCMD) E A GESTÃO DE CONFLITOS ENTRE OS ESTADOS E CONTRIBUINTES NOS INVENTÁRIOS E PARTILHAS EXTRAJUDICIAIS

Antonio Braide Serafim; Augusto Martinez Perez Filho.

ABORTO E MICROCEFALIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E GESTÃO DE CONFLITOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Paula Maria Resende Vieira Serafim; Augusto Martinez Perez Filho; Aline Ouriques Freire Fernandes.

GT 3: " Inovações para a Gestão Proativa de Conflitos no Ambiente Empresarial"

O foco deste grupo é a gestão de conflitos no ambiente empresarial. Neste evento serão exploradas inovações e estratégias eficazes para lidar com disputas comerciais, relações de trabalho, contratos e questões societárias. Por meio de discussões teóricas e estudos de casos práticos, o grupo buscará compartilhar experiências e identificar medidas preventivas que possam contribuir para a gestão proativa de conflitos no contexto empresarial. Serão abordados temas como a negociação eficaz, a construção de contratos claros e adequados, a mediação e a arbitragem como alternativas, além do papel dos gestores na prevenção e na resolução de conflitos nas organizações.

CONTRATO DE VESTING: ESTRATÉGIAS PARA O CRESCIMENTO EM BIOSTARTUPS

Alexandre Eli Alves; Miriam Da Costa Claudino e Ricardo Augusto Bonotto Barboza.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A LITERATURA TEMÁTICA: PESPECTIVAS PARA ATUAÇÃO EMPRESARIAL

Lucas Rezende Alvarenga Alvarenga, Ricardo A. Bonotto Barboza e Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro.

NOVAS TECNOLOGIAS E A LEI 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA): PROPOSTAS PARA AUMENTAR SUA EFICÁCIA NA PROTEÇÃO DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

Adijovani Silva Santos.

RETIFICAÇÃO DO NOME DE PESSOAS TRANS NO REGISTRO CIVIL: UM DIREITO À CIDADANIA

Bruna Nascimento, Mariana Passos Beraldo e Carlos Eduardo Fazoli.

TRIBUTAÇÃO DE GRANDES FORTUNAS: ANÁLISE SOBRE OS IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS NO BRASIL

Estela Maria de Faveri e Mariana Passos Beraldo.

PROCESSOS LOGÍSTICOS REALIZADOS NO MARKETPLACE MERCADO LIVRE E DESAFIOS E ESTRATÉGIAS DAS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

Gustavo Henrique Gomes e Ubiratan Bagas dos Reis.

CONVENÇÃO ARBITRAL COMO MEIO ALTERNATIVO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Marcelo Cândido De Azevedo.

CONFLITO ENTRE COISA JULGADA INDIVIDUAL E COISA JULGADA COLETIVA

Sergio Franco de Lima Filho.

GT 4: " Conflitos Jurídicos em Foco: Desafios e Estratégias em Diferentes Contextos"

Este grupo de trabalho terá um enfoque amplo, abordando a gestão de conflitos em todas as áreas do direito. Serão discutidos desafios comuns enfrentados por profissionais jurídicos em diferentes contextos, compartilhando estratégias e abordagens eficientes para lidar com disputas de forma eficaz. A proposta é proporcionar um espaço de reflexão sobre os problemas específicos de cada campo do direito, como direito civil, direito do trabalho, direito ambiental, entre outros, e promover a troca de conhecimentos e boas práticas entre os participantes. Serão exploradas questões relacionadas à interpretação da lei, à negociação entre partes, à utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos e à importância do diálogo interdisciplinar para uma atuação jurídica mais eficaz.

O TERCEIRO SETOR ENQUANTO AUXILIAR DO ESTADO NA GESTÃO DE ATOS INFRACIONAIS

Alexandra Moro Caricilli Botasso.

O PAPEL PREVENTIVO DA ESCOLA EM CASOS DE CONFLITOS ENVOLVENDO ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

Bruno Aloísio Cândido; José Branco Peres Neto ; Júlio César Franceschet.

PACTO ANTENUPCIAL – INSTRUMENTO DE PREVENÇÕES DE CONFLITOS NAS QUESTÕES EXISTÊNCIAIS

Cícera Itamar Nobre Friedrich; Ricardo Augusto Bonotto Barboza; Júlio César Franceschet; Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro.

O CONTEXTO JURÍDICO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: VIRTUDES E DESAFIOS IDENTIFICADOS NA LITERATURA

Jonne Fred Andrioti; Carla Abrantkoski Rister e Valquíria Pereira Tenório.

RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO BRASIL

Laura Costa; Raul Lopes de Souza e Edmundo Alves de Oliviera.

DA INCIDÊNCIA DO TUSD e TUST NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

Vagner Elias Henriques.

GT 5: " Inovações no Direito"

Este grupo de trabalho foca a eficiência do sistema jurídico, analisando a validade do uso de instrumentos ou de metodologias processuais que incorporam valor aos serviços do poder judiciário. Tais modificações (inovações), para o Judiciário, podem aumentar a eficiência ou diminuir os custos operacionais e/ou melhorar as respostas do judiciário à sociedade. Para a sociedade podem ampliar o acesso do cidadão à justiça, melhorar o sentenciamento, que resultaria em maior pacificação social e agilizar o tempo médio das ações que entulham as prateleiras do judiciário. As inovações podem estar centradas no poder judiciário, ou podem

orientar-se para os processos de desjudicialização, originando-se a partir de qualquer área do Direito, como Público, Privado, Civil, Penal, do Trabalho, Ambiental, Digital etc. São bem-vindos estudos e resultados de pesquisas que envolvam conceitos e práticas de inovações em Direito, artefatos, propostas de artefatos com intento inovador em Direito e artigos de cunho especialmente aplicado à prática jurídica. Além desses, pesquisas que tratam das transações vigentes no contexto do processo criminal, também comportando amplas abordagens, de caráter inovador, beneficiando o cidadão e o poder judiciário.

MULTIPARENTALIDADE: AVANÇOS LEGISLATIVOS E O RECONHECIMENTO DA SOCIOAFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Jonne Fred Andrioti; Carla Abrantkoski Rister e Júlio César Franceschet.

MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS – ARBITRAGEM

Vanessa Renata Silva Figueiredo e André Munhoz Pereira.

O ATUAL DESAFIO TECNOLÓGICO DO PODER JUDICIÁRIO NO MANEJO DOS PRECEDENTES VINCULANTES MEDIANTE O AUXÍLIO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Danilo Serafim e Júlio César Franceschet.

A ATIVIDADE NOTARIAL E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS: UMA ANÁLISE DA SUA ORIGEM, RELEVÂNCIA E PRINCÍPIOS ORIENTADORES

Lucas Sandro Ribeiro Soares e Ricardo Augusto Bonotto Barboza.

DA POSSIBILIDADE DE LAVRATURA DA ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO E INVENTÁRIO COM A EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO OU FILHOS MENORES OU INCAPAZES

Lucas Shigueru Fujiike e Plínio Antônio Britto Gentil.

OS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL: A POSIÇÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO

BIAVA, Camila Abreu[1]

RESUMO

Este artigo examina a relevante questão da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que estabelecia um regime sucessório diferenciado para pessoas em união estável em comparação com o casamento. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou essa distinção inconstitucional, com base na igualdade de tratamento conferida a ambos os institutos como entidades familiares. O estudo foi conduzido por meio de pesquisas doutrinárias, análises sistemáticas e revisões jurisprudenciais, com o intuito de esclarecer os efeitos jurídicos da inconstitucionalidade. Ele busca determinar a posição majoritária dos estudiosos no campo jurídico, examinando se o companheiro em uma união estável deve ser considerado um herdeiro necessário ou não. Esse artigo destaca a importância de compreender o impacto da inconstitucionalidade no cenário sucessório e na proteção dos direitos dos companheiros nas uniões estáveis. Além disso, enfatiza a relevância de promover a igualdade de tratamento entre as diferentes formas de constituição familiar, alinhando a legislação brasileira com os princípios constitucionais.

Palavras-chaves: Herdeiro. Sucessão. Inconstitucionalidade. União Estável. Companheiro.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s): Uniara.

[1]Mestranda em Direito. Universidade de Araraquara. camila.abreu.biava@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O Direito Civil no Brasil tem passado por uma significativa transformação desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esse processo envolve a interpretação das leis civis à luz do texto constitucional, conhecido como Direito Civil Constitucional. Essa abordagem tem influenciado todas as áreas do Direito Civil, mas merece destaque a sua aplicação nos dispositivos que regem os direitos sucessórios no país.

O Supremo Tribunal Federal recentemente declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, o qual estabelecia um regime sucessório distinto para pessoas em união estável. Essa decisão baseou-se, entre outros argumentos, na premissa de que não deveria haver distinção entre os dois regimes sucessórios, uma vez que ambos os institutos são reconhecidos como entidades familiares e, portanto, merecem tratamento igualitário.

O presente artigo buscou analisar os efeitos jurídicos da declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, bem como entender a situação do companheiro sobrevivente como herdeiro necessário ou não. Dessa forma há um evidente problema em questão: quais as implicações jurídicas e sociais da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, e a situação dos companheiros sobreviventes como herdeiros necessários?

O tema abordado é de suma importância, pois reside na defesa dos princípios constitucionais de igualdade e não discriminação, na garantia da segurança jurídica, bem como na adaptação do Direito Sucessório às mudanças sociais e na proteção dos direitos de uma gama diversificada de famílias e casais em união estável. O esclarecimento da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil pelo STF é fundamental para resolver questões jurídicas e sociais que afetam diretamente a vida das pessoas.

O estudo foi conduzido por meio de pesquisas doutrinárias, abordagens sistemáticas e análises jurisprudenciais, com o intuito de examinar os efeitos jurídicos pertinentes da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, bem como desvendando qual é o real status do companheiro na sucessão, se é considerado um herdeiro necessário ou não.

I – BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

O Direito de Sucessões, ao longo da história, passou por transformações significativas influenciadas por mudanças culturais, sociais e legais. A compreensão da evolução histórica desse campo é fundamental para contextualizar as práticas atuais e as regras vigentes.

Como bem nos apresenta José Reinaldo de Lima Lopes (2002), nas civilizações antigas, como a Roma Antiga e a Grécia, o Direito de Sucessões era geralmente regido por princípios de continuidade familiar e hereditariedade. As leis eram frequentemente baseadas em costumes e tradições, e a transferência de propriedades era altamente influenciada pela posição social e pelo status da família.

Durante a Idade Média, especialmente durante o período feudal, o Direito de Sucessões tornou-se altamente complexo. As heranças eram frequentemente divididas entre vários herdeiros, e a igreja desempenhava um papel central na regulamentação das sucessões. As práticas de primogenitura, nas quais o filho mais velho herdava a maior parte dos bens, eram comuns em algumas regiões.

Com a transição para a época moderna e o Iluminismo, houve uma tendência em direção à codificação das leis. A França, em particular, teve um impacto significativo na codificação do Direito de Sucessões. O Código Napoleônico de 1804 estabeleceu muitas das regras que serviram de base para sistemas legais em todo o mundo. Essas mudanças enfatizaram a igualdade entre herdeiros, reduzindo o poder da primogenitura e fortalecendo a ideia de que a herança deveria ser distribuída de maneira mais equitativa.

Ao longo dos séculos, houve avanços significativos no reconhecimento de diferentes formas de parentesco e filiação. A adoção, a filiação fora do casamento e outras relações familiares passaram a ser mais amplamente aceitas e regulamentadas nas leis de sucessão.

João Filho Biazzo (2013) nos mostra que no século XX e XXI, o Direito de Sucessões passou por importantes mudanças, especialmente no que diz respeito à igualdade de gênero. Muitos sistemas legais revisaram suas leis de sucessão para eliminar práticas discriminatórias que davam tratamento desigual a cônjuges e filhos com base no gênero.

As tendências atuais no Direito de Sucessões refletem a diversidade da sociedade contemporânea. As famílias agora podem assumir muitas formas diferentes, incluindo famílias

de casais do mesmo sexo e famílias recompostas. Essas mudanças têm levado a debates sobre como as leis de sucessão devem se adaptar para refletir a realidade atual.

A evolução histórica do Direito de Sucessões é um testemunho das transformações sociais e legais que ocorreram ao longo do tempo. Essas mudanças refletem a busca contínua por equidade, justiça e adaptação às necessidades em constante evolução da sociedade. A compreensão dessa evolução histórica é fundamental para a prática atual do Direito de Sucessões e para a formulação de leis que atendam aos princípios da igualdade, justiça e diversidade.

II - A HERENÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A herança não apenas representa um direito fundamental, mas também assume o papel crucial de assegurar a propriedade como um direito constitucional. Isso impõe ao Estado a responsabilidade de proteger e preservar esse direito, destacando-se, sobretudo, a obrigação de respeitar a capacidade de disposição do autor da sucessão, sem prejudicar o direito dos herdeiros necessários de herdar uma parte do patrimônio.

O Estado não pode interferir para restringir ou limitar o que é transmitido a um indivíduo por meio de herança legítima ou testamento, nem pode influenciar a vontade do autor ao planejar sua sucessão e transferir seus bens para quem ele considerar mais apropriado. Dispõe o artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988: “é garantido o direito de herança”.

O Código Civil confere um respaldo prático ao direito fundamental de herança ao tratar, de forma simultaneamente contrastante e complementar, dois aspectos: a liberdade e autonomia do detentor do patrimônio na sucessão por testamento, e, de outro lado, o direito dos herdeiros e a preservação da estabilidade financeira da família na sucessão legítima.

A herança não deve ser confundida com o direito de suceder alguém, pois não existe direito estabelecido à herança até a morte. Antes da morte, há apenas a antecipação de direitos, e não direitos consolidados, uma vez que a sucessão ainda não ocorreu e continua sendo uma possibilidade. Se a lei restringir a ordem dos herdeiros antes do início da sucessão, ou se o potencial herdeiro falecer antes do falecido, a pessoa que seria o herdeiro perde este privilégio.

A Constituição não fornece uma definição explícita de quem se qualifica como herdeiro, deixando essa tarefa para a legislação infraconstitucional. Essa legislação deve estar alinhada

com o propósito social da norma constitucional, que é proteger indivíduos que possuem laços familiares próximos ou parentesco com o autor da herança.

Nessa perspectiva, todos os outros sucessores são regidos estritamente pelas leis infraconstitucionais, desde que não comprometam a prioridade conferida pela Constituição aos que são reconhecidos como herdeiros qualificados. Os legatários, sejam pessoas físicas, jurídicas, ou entidades não personificadas, são sucessores, mas não possuem o status de herdeiros.

Não devemos limitar a função da herança à proteção dos interesses das partes diretamente ligadas ao processo sucessório, em particular do herdeiro. Ela possui impactos abrangentes em relação à família, implicações econômicas, conexões com os valores da sociedade e repercussões políticas.

Dessa forma, o direito à herança desempenha um papel que vai além, abrangendo valores não apenas de natureza familiar, mas também de cunho social. Isso ocorre porque, uma vez que o direito à herança é considerado um dos princípios fundamentais do sistema jurídico do Brasil, a sociedade como um todo tem seus interesses protegidos quando se estabelece o mecanismo da sucessão após o falecimento.

III – FUNDAMENTOS DA UNIÃO ESTÁVEL

De acordo com o Código Civil, um relacionamento é classificado como união estável quando um casal mantém uma convivência pública, contínua e duradoura, com a intenção de estabelecer uma família. Nos dias de hoje, as definições de família abrangem uma gama mais ampla. Não é mais obrigatório que o casal tenha ou pretenda ter filhos. Além disso, as relações entre indivíduos do mesmo gênero também são reconhecidas como união estável, acompanhadas pelos mesmos deveres e direitos.

A união estável é uma instituição que reflete a diversidade e a evolução das relações afetivas e familiares na sociedade contemporânea. Seu reconhecimento legal é fundamental para garantir a proteção dos direitos e o bem-estar dos casais em união estável. À medida que a sociedade avança, é essencial que as leis e normas sociais continuem a se adaptar para atender às necessidades e realidades dos casais que escolhem essa forma de convivência.

As relações baseadas no afeto e desprovidas de formalidades legais não eram reconhecidas como unidades familiares. No começo do século XX, apenas o casamento era considerado uma forma legítima de estabelecer uma família. Contudo, ao longo do tempo, a evolução social e decisões judiciais levaram ao reconhecimento da união estável como uma entidade familiar, conforme estabelecido na Constituição Federal.

A união estável percorreu um extenso e desafiador percurso para conquistar o papel que desempenha na sociedade contemporânea. A oposição a essas relações era tão intensa que o Código Civil de 1916 optou por não abordar as relações extramatrimoniais. Em raras ocasiões em que se referia a esse tipo de união.

Apesar de terem sido negligenciadas pelo sistema legal, essas relações começaram a gerar efeitos práticos, seja devido ao término da relação ou ao falecimento de um dos parceiros. Isso resultou rapidamente em um aumento significativo das ações judiciais relacionadas. Foi nesse contexto que a jurisprudência desempenhou um papel fundamental ao reconhecer os direitos decorrentes desse tipo de união.

Após a promulgação da Constituição de 1988, o legislador constituinte empregou o termo "companheiro" para descrever a pessoa que está envolvida em uma união estável. Isso ocorreu porque, a partir desse momento, a união estável foi elevada ao status de entidade familiar, passando a ser protegida pelo Estado e gerando significativos direitos no âmbito familiar, sucessório e previdenciário.

Nesse contexto, as diretrizes para a sucessão na união estável foram inicialmente definidas no artigo 2º da Lei 8.971/1994, que regulamentava o usufruto dos bens deixados pelo falecido para o companheiro sobrevivente. Além de ter especificado que apenas os filhos e ascendentes teriam direito à sucessão, o artigo também estipulou que na ausência desses parentes, o companheiro teria direito à totalidade da herança.

No entanto, o Código Civil de 2002 representou um importante retrocesso no âmbito do direito sucessório do companheiro sobrevivente. Foi estabelecido a sucessão do companheiro no seu artigo 1.790, gerando uma série de críticas e desacordos na doutrina e jurisprudência, uma vez que estabeleceu uma ordem de preferência hereditária para o companheiro que difere daquela prevista no artigo 1.829. Ocorreu desvantagens para o companheiro em comparação com os direitos sucessórios concedidos ao cônjuge.

Diante das lacunas e inconsistências na interpretação do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, surgiram diversos debates sobre a sua constitucionalidade. Argumentou-se a favor da aplicação das mesmas regras de sucessão ao companheiro sobrevivente, conforme estipulado no artigo 1.829 do Código Civil de 2002, sustentando que o dispositivo viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Essa situação decorre do fato de que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988 estabelece uma igualdade de tratamento entre o casamento e a união estável.

IV - A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

O artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que regulamenta o regime sucessório do companheiro e da companheira, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 809).

Com uma votação de 7 a 2, a decisão proferida em maio de 2017 declarou que o artigo 1.790 é inconstitucional, com fundamento na violação dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso. Consequentemente, o(a) companheiro(a) sobrevivente passa a ser equiparado ao regime sucessório do casamento.

Dessa forma, isso significa que o(a) companheiro(a) tem o direito de herdar os bens exclusivos do(a) falecido(a), e terá prioridade sobre os parentes colaterais, que não terão mais direito à herança em relação ao parceiro ou parceira sobrevivente. Isso representa um avanço significativo na garantia dos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente em conformidade com a Constituição Federal.

O artigo 1.790 do CC/2002 dispõe que "a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles."

Essa diferenciação entre cônjuges e companheiros é problemática sob a ótica constitucional. A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 226, §3º, que "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." A Constituição também prevê, em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O artigo 1.790 do Código Civil, ao criar diferentes critérios de sucessão para cônjuges e companheiros, fere o princípio da igualdade consagrado na Constituição, uma vez que trata de maneira desigual pessoas em situações análogas. Além disso, ao estabelecer condições mais rigorosas para a companheira em relação aos filhos comuns, pode também violar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição.

A decisão do STF reforçou a importância dos princípios constitucionais, em especial o da igualdade, na interpretação e aplicação das leis. Com isso, estabeleceu-se um importante precedente para a proteção dos direitos das pessoas em uniões estáveis, garantindo que companheiros e cônjuges tenham tratamento igualitário na sucessão hereditária.

Com a adoção dessa forma de interpretação, houve a exclusão do artigo 1.790 do Código Civil do sistema legal. Como resultado, o companheiro passa a ocupar uma posição igual à do cônjuge na ordem de sucessão legítima, conforme estipulado no artigo 1.829. Assim, o companheiro concorre com os descendentes, dependendo do regime de bens adotado. Além disso, concorre com os ascendentes, independentemente do regime de bens. Na ausência de descendentes e ascendentes, o companheiro herda a totalidade dos bens, da mesma forma que ocorre com o cônjuge, excluindo os parentes colaterais até o quarto grau (como irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos).

A tese da repercussão geral é aplicável aos processos de inventário em andamento, desde que não tenham chegado a uma decisão final definitiva e não haja recursos pendentes. No entanto, nos casos em que já exista uma sentença ou acórdão que tenha aplicado o artigo 1.790 do Código Civil, esses devem ser revisados em uma instância superior, alinhando-se com o artigo 1.829 do Código Civil.

No que se refere aos inventários extrajudiciais em andamento, as escrituras públicas devem ser elaboradas de acordo com as novas diretrizes estabelecidas pela nossa Suprema Corte. Todas essas declarações são válidas, desde que a sucessão tenha sido iniciada a partir de 11 de janeiro de 2003, como estipulado no artigo 2.041 do Código Civil de 2002, que estabelece

que "as regras deste Código relacionadas à ordem de sucessão hereditária (artigos 1.829 a 1.844) não se aplicam às sucessões iniciadas antes de sua entrada em vigor, prevalecendo o que está estipulado na lei anterior (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916)".

V - O COMPANHEIRO TORNOU-SE HERDEIRO NECESSÁRIO?

Herdeiros necessários são aqueles que se encontram expressamente enumerados no rol taxativo do artigo 1.845 do Código Civil, incluindo descendentes, ascendentes e cônjuge. A distinção entre herdeiros necessários e herdeiros legítimos, embora sejam conceitos semelhantes, não deve ser negligenciada, pois, perante a lei, eles não são equivalentes, apenas aqueles mencionados no artigo 1.845 são considerados necessários.

De acordo com alguns doutrinadores, como por exemplo Flávio Tartuce, é imperativo realizar uma reforma abrangente na seção do Código Civil, a fim de assegurar que os direitos dos companheiros sejam equiparados aos do cônjuge. Isso ocorre porque a única diferença entre eles reside na documentação da existência da união. Contudo, quando um casal está em uma união estável e atende a todos os requisitos para a configuração desse instituto, todos os seus direitos podem ser plenamente garantidos.

Os contornos da decisão emitida pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade da distinção nas regras de sucessão entre cônjuge e companheiro (CC, art. 1.790) e determinou a aplicação do regime de sucessão do cônjuge à União Estável, têm sido motivo de uma controvérsia acalorada.

Embora tenha sido explicitamente declarada a inconstitucionalidade da diferenciação nos regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, surgiu um debate sobre a condição de herdeiro necessário do companheiro. Isso ocorre porque a repercussão geral se referiu apenas ao artigo 1.829 do Código Civil, sem abordar o artigo 1.845 do mesmo conjunto de leis, que determina quem são os herdeiros necessários.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) interpôs Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário Nº 878.694, com o intuito de questionar se a aplicação do artigo 1.845 e de outros dispositivos do Código Civil que regulamentam o regime sucessório dos cônjuges se estende às uniões estáveis. O STF emitiu uma decisão que reforçou a aplicação exclusiva do artigo 1.829 do Código Civil:

> "A repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do artigo 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos."

No dos embargos, o STF enfatizou de maneira clara e incisiva que a repercussão geral reconhecida no acórdão objeto dos embargos se limitava à aplicação do artigo 1.829 do Código Civil às uniões estáveis, sem qualquer omissão em relação à aplicabilidade de outros dispositivos a esses casos. A tese é absolutamente inequívoca, o artigo 1.829 do Código Civil é o único que se aplica à união estável no que concerne à ordem de sucessão hereditária, excluindo qualquer outra norma sucessória relacionada ao casamento.

Como resultado, o artigo 1.845 do Código Civil não tem pertinência à união estável. Nesse contexto, o companheiro sobrevivente não é considerado um herdeiro necessário e, como tal, não tem direito a uma parte legítima ou à reserva de 50% do patrimônio do companheiro falecido.

Vejamos o entendido do Ministro Luis Roberto Barroso:

> “(...) não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao art. 1.845 ou qualquer outro dispositivo do Código Civil, pois o objeto da repercussão geral reconhecida não os abrangeu. Não houve discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários, de forma que inexiste omissão a ser sanada”.

O companheiro não adquiriu o status de herdeiro necessário, uma vez que o STF não se pronunciou em nenhum momento sobre a aplicação do artigo 1.845 à sucessão na união estável. Os debates que ocorreram durante o julgamento levam à conclusão de que o STF, além de não ter a intenção de conferir esse status ao companheiro, expressamente reforçou a importância da liberdade do testador na sucessão da união estável. Esses esclarecimentos ficam evidentes após os Embargos que foram rejeitados pelo STF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada neste artigo, que versa sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e a omissão do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da qualidade de

herdeiro necessário do companheiro sobrevivente, é de relevância inegável no contexto jurídico e social. A discussão sobre a igualdade de direitos entre cônjuges e companheiros em união estável levanta questões fundamentais relacionadas aos princípios constitucionais, às transformações na estrutura familiar e à justiça no direito sucessório.

Ao longo deste artigo, foram exploradas as implicações jurídicas e sociais dessa diferenciação entre cônjuges e companheiros, destacando a importância de garantir que todos os indivíduos, independentemente do tipo de convivência, sejam tratados com igualdade perante a lei. O princípio da igualdade, consagrado na Constituição Federal de 1988, exige que o sistema jurídico brasileiro reconheça a união estável como uma instituição igual ao casamento em termos de direitos e deveres.

A omissão do STF em emitir uma decisão definitiva sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil cria um vácuo jurídico que gera insegurança para casais em união estável, advogados e juízes que lidam com questões sucessórias. Além disso, essa omissão alimenta debates e divergências nos tribunais inferiores, tornando necessária uma resolução efetiva por parte do STF.

Para alguns doutrinadores, a decisão do STF está alinhada com as expectativas da sociedade. Limitar a liberdade testamentária do autor da herança, especificamente no contexto de uma União Estável, seria desprovido de conexão com a realidade social, caracterizada pela volatilidade dos vínculos conjugais. Isso fica especialmente claro nas relações informais, que se formam e desfazem com maior simplicidade em contraste com os matrimônios tradicionais.

De acordo com parte da doutrina, é importante considerar a insegurança jurídica que surgiria da obrigação de reconhecimento retroativo da União Estável em situações comuns de convivência simultânea com um casamento válido, uma ocorrência frequente em famílias reconstituídas.

A sociedade contemporânea experimenta mudanças significativas nas estruturas familiares e nas formas de convivência, e o reconhecimento da igualdade de direitos entre cônjuges e companheiros é crucial para refletir essas transformações. As famílias formadas por casais não casados, sejam eles heterossexuais ou do mesmo sexo, devem ter garantidos os mesmos direitos e obrigações no âmbito sucessório, respeitando-se as decisões e escolhas de vida desses casais.

Nesse contexto, a evolução do Direito Sucessório e a proteção dos direitos fundamentais são elementos centrais na resolução dessa controvérsia. A definição da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil é necessária não apenas para fornecer segurança jurídica, mas também para assegurar a justiça e a igualdade perante a lei para todos os cidadãos. A expectativa de uma decisão do STF que traga clareza e equidade nesse assunto é grande e aguardada por muitos.

Em última análise, este artigo buscou contribuir para o debate sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e a omissão do STF, destacando a importância de uma análise profunda e fundamentada sobre a igualdade de direitos entre cônjuges e companheiros em união estável. É fundamental que o sistema jurídico evolua em harmonia com as mudanças sociais e culturais, respeitando a diversidade de formas de convivência e protegendo os direitos de todos os cidadãos, independentemente de sua escolha de relacionamento. A justiça no direito sucessório é, afinal, um reflexo da justiça na sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BIAZZO FILHO, João. **Histórico do Direito das Sucessões**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3639, 18 jun. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/24714 > Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Código Civil (1916). **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, Congresso Nacional, 1916.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília, DF, Congresso Nacional, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Congresso Nacional, Senado,1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula= > Acesso em: 12 de outubro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 864**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm > Acesso em: 12 de outubro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp? > Acesso em: 12 de outubro de 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

TARTUCE, Flávio. **O companheiro como herdeiro necessário**. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 4. nº 5. 2018, p. 865-873. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_0865_0873.pdf . Acesso em 12 de outubro de 2023.

O SISTEMA MULTIPORTAS NA AMÉRICA LATINA

STAMBERK, Kátia Cristina[1]
FRANCESCHET, Júlio César[2]

Este artigo faz uma análise comparada do sistema multiportas e o acesso à justiça na América Latina. Estimular o Sistema Multiportas é essencial para agilizar a justiça, reduzir a sobrecarga de processos judiciais, diminuir custos e promover uma resolução eficaz e acessível de disputas. A metodologia empregada envolve uma análise comparada da literatura existente sobre o sistema multiportas e sua implementação em países da América Latina, com foco especial em casos exemplificados no Brasil, Chile, Colômbia e México. O objetivo principal deste estudo é destacar os desafios enfrentados pelos sistemas judiciais na região. A sobrecarga dos tribunais, a cultura do litígio e a falta de informação sobre meios de resolução de conflitos são alguns dos obstáculos que merecem atenção. Ao analisar casos específicos, este artigo busca entender o que dificulta a adoção deste sistema na América Latina, uma vez que esta região enfrenta um cenário no qual os tribunais muitas vezes estão congestionados, levando a atrasos significativos na resolução de disputas. A cultura do litígio, na qual as partes preferem buscar a resolução de seus conflitos por meio de processos judiciais, contribui para essa sobrecarga. Os resultados esperados deste estudo incluem uma compreensão mais profunda acerca das dificuldades da implementação do sistema nos países latinos. Isso abrange a redução da sobrecarga do sistema judicial, a diminuição dos custos envolvidos na resolução de disputas e a promoção de uma cultura de resolução colaborativa de conflitos. Ao aumentar a conscientização sobre as opções disponíveis e promover a adoção do sistema multiportas na América Latina, espera-se construir sociedades mais justas e pacíficas.

Palavras-chaves: Cultura do litígio. Sistema multiportas. Acesso à justiça. Poder Judiciário. Resolução de conflitos. Eficiência jurídica.

Agradecimentos e Instituição Financiadora: Universidade de Araraquara (UNIARA)

[1] Mestranda da pós-graduação em direito e gestão de conflitos da Universidade de Araraquara. Universidade de Araraquara. katiastam@hotmail.com.
[2] Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor do curso de graduação e do programa de pós-graduação em direito e gestão de conflitos da Universidade de Araraquara. jcfranceschet@uniara.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o sistema judiciário na América Latina tem enfrentado uma série de desafios significativos, que vão desde a sobrecarga de processos judiciais até a necessidade de tornar a justiça mais acessível para os cidadãos. Este artigo tem como objetivo analisar em profundidade a importância do sistema multiportas na América Latina, destacando seus benefícios e os desafios na implementação.

A região latino-americana é conhecida por seus sistemas judiciais muitas vezes congestionados e morosos. Os tribunais enfrentam uma carga excessiva de casos, o que resulta em atrasos significativos na resolução de litígios. Além disso, a cultura do litígio tem sido prevalente em muitos países latino-americanos, levando a uma abordagem tradicional de resolver disputas por meio de ações judiciais. Esses fatores contribuem para uma experiência de justiça morosa e onerosa para os cidadãos, tornando a acessibilidade um desafio real.

Um dos principais conceitos do sistema multiportas é a promoção de opções a resolução de litígios além dos tribunais. Essas opções incluem a mediação, a conciliação, a arbitragem e outros métodos que buscam solucionar disputas de maneira mais rápida e econômica. Ao estimular o uso desses meios, o sistema multiportas procura aliviar a pressão sobre os tribunais e, ao mesmo tempo, proporcionar uma solução mais satisfatória para as partes envolvidas.

No entanto, apesar dos benefícios claros do sistema multiportas, ainda existem desafios a serem superados em sua implementação eficaz na América Latina. A resistência à adoção da cultura do consenso, a falta de conscientização sobre seus benefícios e a necessidade de capacitação adequada são questões que precisam ser abordadas. Além disso, a necessidade de regulamentações claras e abordagens consistentes em toda a região é fundamental para garantir que o sistema multiportas funcione em toda sua potencialidade.

A fim de compreender os desafios e oportunidades na adoção do sistema multiportas na América Latina, é útil comparar como países específicos, como o Brasil, o Chile, a Colômbia e o México, têm abordado essa questão. O Brasil, é uma das maiores nações da América Latina, todavia enfrenta desafios significativos em seu sistema

judiciário. A morosidade na resolução de casos é uma questão crônica, e a sobrecarga de processos judiciais é uma realidade em muitos tribunais brasileiros.

A preponderância da cultura do litígio é perceptível no Brasil, com muitas pessoas recorrendo a ações judiciais como primeira e única opção para resolver disputas. O país tem tomado medidas para promover o sistema multiportas, como a oficialização de sua adoção na última reforma realizada no Código de Processo Civil. Contudo, a implementação eficaz dessas leis e a conscientização sobre as opções de resolução de disputas ainda enfrentam desafios. A falta de capacitação adequada dos operadores do direito para sua utilização é uma questão importante, bem como a resistência cultural à adoção a cultura do consenso. Além disso, a complexidade do sistema legal brasileiro pode dificultar a compreensão e o acesso das partes às opções de resolução de litígios.

No Chile, após o término da ditadura militar em 1989, o Estado enfrentou desafios significativos na reparação das vítimas de violações dos direitos humanos ocorridas durante esse período sombrio da história do país. Diante da deficiência estatal nesse aspecto, a Universidade de Direito de Valparaíso implementou um departamento jurídico dedicado aos direitos humanos, com foco na busca de justiça e reparação para as vítimas. Esse esforço acadêmico e institucional representa uma iniciativa importante para enfrentar os legados traumáticos da ditadura e garantir a defesa dos direitos humanos no país.

Na Colômbia, assim como em outros países da América Latina, observa-se a presença de um fenômeno conhecido como "constitucionalismo transformador". Esse conceito refere-se à tendência de utilizar o sistema legal e o poder judiciário para efetivar as mudanças e promessas sociais estabelecidas nas constituições da região. Isso significa que, além do papel de documento fundamental, a Constituição serve como instrumento para promover a justiça social, proteger direitos humanos e alcançar a igualdade. Esse fenômeno destaca a importância da interpretação dinâmica das constituições e da atuação dos tribunais na promoção de uma sociedade mais justa e equitativa. O constitucionalismo transformador desempenha um papel relevante na evolução do Estado de Direito na América Latina.

No México, durante o processo de transição para a democracia, assim como em

outros países latino-americanos, foram implementadas reformas judiciais abrangentes. Essas reformas visaram redesenhar as instituições do sistema de justiça e promover a construção do estado de direito na região. Algumas das medidas adotadas no México incluíram o fortalecimento dos tribunais superiores, a garantia da independência política do ministério público, a profissionalização da defensoria pública e a introdução do sistema penal acusatório em várias instituições do setor de justiça. Essas reformas foram cruciais para melhorar a eficiência, a transparência e a imparcialidade do sistema de justiça mexicano, bem como para promover o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

Apesar das diferenças específicas em cada país, existem desafios comuns na adoção do sistema multiportas na América Latina. Alguns desses desafios incluem:

1. Resistência Cultural: A cultura do litígio é profundamente enraizada em muitas partes da América Latina, tornando a aceitação das alternativas à litigância uma tarefa desafiadora.
2. Falta de Conscientização: Muitas pessoas não estão cientes das opções de resolução alternativa de disputas disponíveis, o que contribui para a sobrecarga dos tribunais.
3. Capacitação Adequada: A formação de mediadores e árbitros é fundamental para a eficácia do sistema multiportas, mas muitas vezes é inadequada.
4. Complexidade Legal: A complexidade do sistema legal em alguns países pode dificultar o acesso e a compreensão das opções de resolução alternativa.
5. Coordenação Regional: A falta de coordenação regional e regulamentações consistentes pode criar obstáculos à implementação eficaz do sistema multiportas.

O principal objetivo desta pesquisa é analisar a importância do sistema multiportas na América Latina, com foco nos desafios de sua adoção e implementação em países como o Brasil, o Chile, a Colômbia e o México. Isso permitirá investigar os desafios enfrentados pelos sistemas judiciais na região, incluindo a sobrecarga de

processos judiciais e a resistência à mudança em relação a métodos consensuais de resolução de disputas. Além disso, é almejado compreender como o sistema multiportas pode oferecer soluções para tornar a justiça mais acessível, ágil e eficiente na América Latina.

É esperado que essa pesquisa forneça como resultados uma análise abrangente dos benefícios e desafios da adoção do sistema multiportas na América Latina. Como resultado esperado também se destaca a importância da redução de custos, da celeridade na resolução de conflitos e da promoção de uma cultura de resolução colaborativa de disputas. Além disso, pode ser que os resultados evidenciem a necessidade de conscientização pública sobre as alternativas à litigância e de programas de capacitação eficazes para a adoção da cultura do consenso na região.

Para realizar esta pesquisa, foi utilizada uma abordagem qualitativa, envolvendo a análise aprofundada da literatura existente sobre o sistema multiportas e sua implementação em países da América Latina. A coleta de dados incluiu revisões de legislação relevantes, análise de relatórios de instituições jurídicas e levantamento de dados sobre a adoção e eficácia do sistema multiportas. A análise dos resultados foi realizada por meio da triangulação de informações obtidas de diferentes fontes, a fim de garantir uma visão abrangente e precisa do estado atual do sistema multiportas na América Latina.

Apesar dos desafios, a adoção bem-sucedida do sistema multiportas na América Latina pode trazer uma série de benefícios significativos. Em resumo, a adoção do sistema multiportas na América Latina apresenta desafios e oportunidades únicas. Países como o Brasil, o Chile, a Colômbia e o México estão fazendo esforços significativos para promover alternativas à litigância tradicional, como a mediação e a arbitragem.

Ainda assim, os desafios persistem, incluindo a resistência cultural à mudança, a falta de conscientização pública e a necessidade de capacitação adequada. Apesar desses desafios, os benefícios potenciais do sistema multiportas são claros. A redução de custos, a celeridade na resolução de conflitos, a maior satisfação das partes e a promoção de uma cultura de resolução colaborativa de disputas são todos resultados positivos. Além disso, a implementação bem-sucedida do sistema multiportas pode contribuir para a construção

de sociedades mais justas e pacíficas na América Latina.

2 DO SISTEMA MULTIPORTAS

Quando se fala em acesso à Justiça, erroneamente se pensa no acesso aos tribunais, porém esse pensamento está equivocado. Nem sempre os tribunais são a melhor escolha para atender as demandas sociais. Ocorre que alguns casos concretos não fazem sentido de serem trabalhados nos tribunais. Por exemplo, qual sentido existem em se discutir guarda dentro de um tribunal, será a figura do magistrado a ideal para resolver as pendências familiares. Lógico, que o exemplo da vara de família pode ser aplicado a outras demandas, como direito do consumidor e outros. No desenvolvimento do Brasil como um país, o Estado utilizou uma mão firme para unificar a nação, e com isso, atraiu para os tribunais toda e qualquer demanda.

A verticalização do poder estatal sobre o indivíduo, também surge como obstáculo, pois enquanto o Estado atrair para si a obrigação de "julgar a vida doméstica", a vara da família seguirá abarrotada. Em épocas remotas o Estado exercia um controle vertical sobre os indivíduos, mas atualmente, se vislumbra um caminho mais interessante – e menos utilizado – que é a decisão consensual (VIDAL, 2017). Essa possibilidade ensejaria uma equidade entre o indivíduo e o Estado para a superação da lide. A justiça e o afeto são construções da civilização, uma formação humanizada dos magistrados poderia oferecer a efetividade dos direitos do cidadão (PACHA, 2012).

Existiram 4 ondas de acesso à justiça no Brasil, sendo que as duas últimas trazem o conceito do Tribunal Multiportas trazido por Frank Sander em 1976, em uma conferência em Harvard, que abordou uma variedade de processamento de conflitos. Assim, surgiu a ideia de que existiriam várias formas de se resolver um conflito, sendo que algumas se sobreporiam a outras, dependendo da natureza de cada conflito (MORAES, 2022). Desde então, gradativamente, essa ideia foi sendo colocada em prática nos Estados Unidos e no restante do mundo. A ideia de que o meio litigioso não era a única forma de resolução de conflitos, foi um grande avanço, pois, surgiram meios de resolução da contenda céleres, menos onerosos e mais efetivos.

Quando se aborda a cultura do litígio, é necessário se falar de alguns

acontecimentos históricos ocorridos na América Latina. A forte repressão política enfrentada nesses países acrescida do desempoderamento da população, fez com que houvesse uma grande exaltação das figuras de poder. Na América Latina faltam meios que viabilizem o cidadão a utilizar o sistema multiportas de fato (CRESPO, 2012). As dificuldades vão desde a conscientização até a criação de espaços próprios para a viabilização desses meios, na América do Sul é comum que os governantes reprimam o povo, não deixando que eles participem dos processos decisórios. A autora também aborda um aspecto cultural brasileiro denominado "mentalidade de caudilho", que consiste em acreditar que o poder e a responsabilidade pela mudança estão centralizados apenas nas figuras de poder, como os políticos.

A cultura do consenso (GRINOVER, 2012) precisa prevalecer a cultura do litígio. A autora também trata da cultura da sentença, na qual se vê valor apenas na resposta judicial. É apontado a falta de conhecimento sobre os meios alternativos, que gera resistência e preconceitos na adoção da mediação, conciliação e arbitragem. Tais meios são utilizados em países de primeiro mundo, como Estados Unidos e Japão, mas aqui entre os brasileiros, parece um meio que está fora do sistema de justiça para resolver a lide, pensamento este equivocado. Assim, a adoção de sistemas alternativos, implica na adoção da cultura do consenso, no qual os indivíduos agem e decidem as lides como adultos. A resolução dada por tribunais, muitas vezes, infantiliza adultos, que esperam uma compreensão "superior" para decidir suas demandas.

O sistema multiportas também consiste em forma de acesso à justiça e deveria ser tratado como tal. O artigo 5º, XXXV da Constituição Federal traz o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que não deve ser interpretado como acesso aos órgãos judiciários, unicamente (WATANABE, 2012). Os meios alternativos de solução de litígios configuram meios de acesso à justiça e não devem ser vistos como meios inferiores de resolução de conflitos. Ressalta, ainda, que além de não serem inferiores, também são melhores e mais rápidos, dependendo do caso concreto. Desse feito, seria mais fácil dar uma resposta que levasse em conta as peculiaridades de cada caso, diferente do judiciário que emite sentenças padronizadas e não tão assertivas.

O princípio do acesso à justiça, que é considerado como um direito fundamental

e atualmente é abordado pelos especialistas constitucionais como "acesso à Jurisdição", deve estar vinculado aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), assim como ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), que é uma decorrência dos dois primeiros. Esses princípios em conjunto validam a busca por uma resolução eficiente de conflitos, seja entre indivíduos ou entre estes e o Estado (SOUZA, 2020).

Como trabalhado nessa seção, o sistema multiportas é uma ideia que surgiu em um forte núcleo acadêmico – Havard – e foi amplamente adotado em países de primeiro mundo, estando bem longe de ser uma solução fraca ou ineficaz. Contudo, o cenário da história da América Latina, de repressão e centralização do poder, criou um cenário pouco receptivo para esse tipo de mudança. O Estado era e é centralizador, e tem receio de perder sua importância com a adoção de meios alternativos, tanto que a liberação para sua adoção ocorreu tardiamente, em 2015 e não de forma estruturada, mas de forma desesperada, como fuga de uma crise desencadeada pelo próprio sistema. Assim, enquanto não ocorrer a mudança de paradigmas sociais, o poder colapsado será a única porta de acesso para uma tentativa de reparação.

3 A CULTURA LATINA E A CULTURA DO LITÍGIO

A relação entre a cultura latina e a cultura do litígio é complexa e variável, devido à diversidade de países latinos e às influências históricas e culturais. Alguns países latinos podem ter uma tendência maior para o litígio, enquanto outros preferem a mediação. As tradições legais romanas, o catolicismo e a colonização europeia moldaram atitudes em relação aos conflitos. Além disso, a urbanização e a globalização podem afetar a disposição das pessoas em buscar ações legais. Portanto, não há uma única cultura do litígio em toda a América Latina, mas uma ampla gama de perspectivas e abordagens em relação à resolução de disputas.

Nem sempre o judiciário apresenta as soluções mais satisfatórias para as lides, exemplo que fica bem claro nos conflitos familiares. Na vara de família não é raro o juiz ter que postular sobre a quantidade de tempo que o filho gasta com cada um dos pais e com quem ele passa as datas comemorativas. Até que ponto o judiciário tem a melhor

resposta para tais demandas? A vantagem da mediação para os conflitos familiares são o sigilo e o fato da sessão funcionar como uma forma de terapia, diferentemente do poder judiciário que apenas faz uma divisão matemática da questão. Enquanto isso, a desvantagem da mediação reside na dificuldade de encontrar centros de mediação em pequenas cidades, a falta de divulgação e os custos elevados (ASSUNÇÃO, 2022).

Segundo os números do relatório a Justiça em números do CNJ, de 2022, o Brasil tem uma demanda massiva de processos que coloca o país no topo do mundo na quantidade de litigantes. Isso resulta em inúmeras questões como: a sobrecarga do sistema e as respostas morosas dos litígios. Quanto à crise do poder judiciário, existem inúmeras demandas que não são apreciadas da forma como deveriam e a solução dada nem sempre é a adequada aos problemas propostos. Existe uma certa ineficácia forense, quando se pensa no tempo que leva para a ação dar uma resposta para a lide. O Poder Judiciário vem enfraquecendo e não se mostrando adequado para responder aos anseios sociais contemporâneos, principalmente, no que diz respeito a celeridade. A demora na decisão judicial está ligada ao número excessivo de ações ajuizadas. Daí a importância do privilégio do sistema multiportas (SAID FILHO, 2017).

Durante a pesquisa sobre a situação do judiciário brasileiro não é difícil se deparar com a expressão cultura do litígio. Essa foi a forma de chamar o excesso de judicialização e procura por tribunais. Essa cultura já aparece como um primeiro entrave a adoção do sistema multiportas. Por que uma família elegeria a mediação, se pode recorrer ao tribunal, o tribunal nesse contexto aparece como a opção mais lógica e recomendada. A cultura do litígio é definida como sendo a alta procura do cidadão pelo judiciário como forma de resolução da lide, em casos que as vezes nem seria necessário. A alta demanda afeta profundamente a questão da celeridade e gera um congestionamento processual (MACIEL, 2019). Tentando solucionar a questão, desde 2010 o CNJ já vinha estimulando a adoção de meios alternativos que posteriormente acabariam incorporadas no Código de Processo Civil, em 2015.

Para contribuir na formação desse contexto caótico, também se pode contar com a falta de informação sobre o sistema multiportas. A formação cidadã – previsto na Constituição Federal, artigo 1º, II – poderia diminuir a quantidade de judicialização das

relações sociais. A situação se agrava ao se analisar o contexto familiar dos alunos, muitos não recebem instruções sobre moralidade em suas casas e a escola acaba sendo um último recurso de educação, antes que o indivíduo vá para a vida em sociedade (GIMENEZ; BRABO, 2018). Nesse contexto, preparar o indivíduo para a vida em sociedade exige da escola que se trabalhe com as leis. A escola serve para aprimorar os valores éticos-sociais, sendo a prática jurídico-pedagógica indispensável para a formação de cidadãos, pois é notório que está gera a diminuição de condutas condenáveis.

A preferência pela judicialização não é exclusividade brasileira, entretanto, a quantidade de habitantes somados a quantidade de temas analisados pelos tribunais temos um dos sistemas mais sobrecarregados e morosos do mundo. Também é possível observar uma tendência mundial chamada de judicialização da vida que teve suas origens depois da 2ª guerra mundial, fortemente motivada pela inércia legislativa e a busca por respostas junto ao judiciário. Esse fenômeno pode ser observado na Carta magna brasileira que postula que o silêncio dos outros poderes deve ser suprido pelo judiciário (FERREIRA; SILVA, 2022). A judicialização das relações interpessoais dentro do direito de família carrega uma carga pesada de mágoas e sentimentos mal resolvidos, sendo que a resposta dessa lide depende de várias áreas como: direito, psicologia, assistência social e pedagogia. A desjudicialização é um caminho muito mais adequado para resolver esse tipo de lide, visto que leva a uma resposta consensual.

Outro aspecto que presente nesse cenário é o desprezo pelas leis por grande parte da população. Observando o resultado do "Relatório do Índice de Percepção do Cumprimento da Leis no Brasil – IPCLBrasil (2015) ", que revelou que: 80% dos entrevistados acreditam ser "fácil desobedecer à lei no Brasil"; 56% dos entrevistados acham que "existem poucas razões" para respeitar as leis; e 81% disseram preferir "escolher um jeitinho" do que seguir a lei (MACIEL, 2019). Uma possível melhora nesse panorama reside na adoção da desjudicialização, que poderia ser fomentada desde os anos escolares, como alternativa para diminuir a quantidade de processos apreciados pelo judiciário. Nesse sentido, se aponta o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – que prevê que ninguém pode alegar desconhecer a lei, no cenário atual esse artigo é contraditório, visto que os adolescentes não aprendem as leis na escola (GIMENEZ; BRABO, 2018).

Em 2015, a reforma do Código de Processo Civil viabilizou algumas ferramentas extrajudiciais, que permitiriam o uso de caminhos alternativos – sistema multiportas – descongestionando o judiciário. Contudo, a busca pelo extra é baixa e o descongestionamento do judiciário, tão aguardado, não ocorreu. Em 2022, 67,7% das serventias do país passaram a integrar o judiciário 4.0, todavia, ainda existem 76 milhões de processos pendentes. Dentre os maiores litigantes se encontram a Caixa Econômica Federal e o Instituto Nacional da Seguridade Social (CNJ, 2022). Ocorre que existem alguns fatores culturais e econômicos, aquém da falta de informação, que inviabilizam a adoção de tais meios por grande parte da população. Essas barreiras ao uso dos meios alternativos serão tratadas como entraves e serão analisados a seguir.

O sistema multiportas ainda enfrenta vários entraves à sua adesão, dentre eles se encontram: a demora em se ter uma jurisprudência (gerando até certa insegurança jurídica), a população ter o poder judiciário como sinônimo de justiça e a falta de informação acerca do sistema multiportas. Existem alguns entraves na utilização da cláusula MED-ARB a falta de soluções expressas na legislação e a falta de jurisprudência. Assim, eles trazem que a jurisprudência deveria se manifestar para que a adoção desse sistema se mostrasse eficaz e não protelatório (MIRANDA; SANT'ANNA, 2021). Não se deve confundir o acesso à justiça com o poder judiciário (DE SOUZA; DE SOUZA, 2021). É possível se observa uma certa resistência em se utilizar o sistema multiportas no Brasil, pois os cidadãos não conhecem todas as portas para conseguir eleger a melhor para seu caso (OLIVEIRA, 2020).

A cultura do litígio é formada tendo por base algumas dificuldades à aceitação do sistema multiportas e, dentre eles, se destacam a centralização estatal em querer resolver conflitos pequenos chegando até o papel da sentença como única fonte de resolução. O movimento para aceitar a ressignificação da jurisdição enfrenta resistência, especialmente devido à concepção tradicional de que a jurisdição se refere apenas ao exercício da função estatal ou à presença de certos princípios inerentes à jurisdição, que tendem a restringir o conceito de jurisdição. Um dos entraves se atrela a ideia de que só o juiz pode pôr fim a lide, o que acarretou numa adesão lenta ao sistema de arbitragem (MIGUEL, 2021). Outro entrave é a figura da sentença, pois a mediação e a conciliação precisam ser homologadas

pelo juiz.

Outra barreira está presente dentro da própria história da humanidade quando o Estado foi trazendo para si a responsabilidade de julgar, evitando o uso da autotutela do direito por parte da população. Essa forma de pensar fez com que, cada vez mais, as pessoas buscassem a justiça para resolver suas lides privadas. Ademais, isso acarretou na obrigação estatal de atender a todos os cidadãos na justiça, e prover para estes as condições necessárias para acessar o judiciário. A proibição da autotutela pelo ente estatal para julgar as contendas, fixando no órgão jurisdicional o monopólio das decisões (ALVES; DE ALENCAR XAVIER; DE OLIVEIRA SANTOS, 2021). Desse feito, como o Estado preferiu analisar todos os litígios, conjuntamente trouxe para si a responsabilidade de analisar todos os casos, não podendo afastar nenhuma disputa da apreciação judicial.

Assim, nota-se que, ao menos na vara de família, já poderíamos estar vivenciando uma experiência melhor. Ressalta-se que o intuito do artigo não é eximir o Estado de oferecer justiça aos que procuram, mas sim dar caminhos melhores para a resolução de litígios. Ocorre que pessoas do povo desconhecem o sistema multiportas e seus benefícios, se não ocorrer algum tipo de fomento do Estado, a adoção a esses sistemas continuará irrisório conforme apontam os relatórios do CNJ.

Um óbice na forma como a mediação foi prevista no CPC, entre os artigos 166 a 175, é a questão da facultatividade da mediação (MIRANDA, 2019). Em outros países em que foi adotada, a mediação é obrigatória antes da judicialização. No Brasil, optou-se pela escolha, uma vez que seria impossível educar mediadores em tempo hábil para atuar em todo território nacional. Trabalhar com mediação é muito sério, segundo o autor, e exige todo um estudo e preparo para que ocorra da forma correta. Lógico que forçar a adesão a um sistema despreparado teria sido o caminho para o insucesso. Porém, esse detalhe se faz obste a adoção da mediação na atualidade.

A ausência de locais para se ter a efetivação do sistema multiportas, é outro impedimento enfrentado, principalmente nas cidades pequenas, que costumam não possuir nenhum tipo de espaço para trabalhar essa justiça alternativa. Percebe-se uma forte necessidade de se ter mais espaços que propiciem a resolução alternativa de

conflitos, de forma rápida, funcional e que realmente leve em conta a necessidade das partes, pensando na crise que o Poder Judiciário vem enfrentando nos últimos tempos (GRIEBLER; SERRER, 2020). Por isso, em algumas universidades do Nordeste foram criados vários projetos de extensão para viabilizar os espaços, sendo eles os projetos: 1 - Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução; 2 - o Balcão do Consumidor e de práticas de Mediação Familiar e Mediação Escolar.

Portanto, também constituem entraves à adoção do sistema multiportas, a repressão enfrentada pelos cidadãos na América Latina (CRESPO, 2012), a falta de apoio a cultura do consenso (GRINOVER, 2012) e a mentalidade de que a cultura dos tribunais é superior aos meios alternativos (WATANABE, 2012). Unindo-se esses três fatores, é possível se entender porque da dificuldade em se trabalhar com meios alternativos, o profissional que aposta nisso tem que ter muito profissionalismo para lidar com essas barreiras culturais. Diante de tantas dificuldades, é normal se considerar que incentivos devem ocorrer para que a população entenda a necessidade de escolher outros caminhos, mas, que principalmente, esses caminhos pareçam bons e confiáveis, o que não é uma realidade em 2023.

4 A CULTURA DO CONSENSO E SEUS ESTÍMULOS NOS PAÍSES LATINOS

Nos últimos anos, os países da América Latina têm demonstrado um compromisso crescente com a promoção do acesso à justiça e a busca por meios alternativos para solucionar conflitos. Uma abordagem que tem ganhado destaque na região é o uso do sistema multiportas, que busca diversificar os canais de resolução de disputas, oferecendo alternativas ao tradicional litígio judicial. Nesse contexto, é interessante observar as experiências de países como Chile, Colômbia e México, que enfrentaram desafios complexos relacionados aos direitos humanos, reformas judiciais e transformações democráticas.

O fomento ao sistema multiportas na América Latina é crucial devido à sobrecarga dos tribunais, à necessidade de tornar a justiça acessível a todos, aos desafios culturais e sociais que favorecem a resolução consensual, à eficiência e redução de custos em relação aos processos judiciais e à promoção da paz social em sociedades que enfrentaram

conflitos. Essa abordagem oferece alternativas eficazes para lidar com disputas legais, aliviando a pressão sobre o sistema judicial, tornando a justiça mais acessível, respeitando as preferências culturais e econômicas e contribuindo para a reconciliação em sociedades pós-conflito.

No Chile (CUBILLOS-VEGA; JORQUERA; CARRASCO, 2022) o Estado foi deficiente em reparar os crimes que violaram os direitos humanos durante a ditadura militar, que findou em 1989. Em decorrência disso, a Universidade de direito de Valparaíso – Chile – implementou um departamento jurídico de direitos humanos com ênfase na reparação das vítimas. Enquanto isso, na Colômbia (ROA ROA, 2021) sustenta que na América Latina existe uma espécie de constitucionalismo transformador, cujo objetivo é tornar realidade as mudanças e promessas sociais que as constituições fizeram aos que habitam os países latino-americanos. Por fim, no México (AGUIAR-AGUILAR, 2021) verifica que a transição para a democracia, os países latino-americanos introduziram reformas judiciais para redesenhar as instituições do setor de justiça e construir o estado de direito na região.

No caso concreto, representam entraves ao acesso à justiça: o quadro institucional do poder judiciário e a administração da justiça. Duas das principais demandas das vítimas da ditadura são a redução das brechas no acesso à justiça e o desenvolvimento de um processo de reparação verdadeiramente integral (CUBILLOS-VEGA; JORQUERA; CARRASCO, 2022). Do ponto de vista do desenho institucional, é importante para o constitucionalismo transformador que os cidadãos tenham maior acesso aos tribunais. Este é um pilar da mudança social através do direito (ROA ROA, 2021). Já as reformas ocorridas no México incluíram aspectos como o fortalecimento dos tribunais superiores, a concessão de independência política ao ministério público, a profissionalização da defensoria pública ou a implementação do sistema penal acusatório nas instituições do setor da justiça (AGUIAR-AGUILAR, 2021).

Com a implementação do programa na universidade (CUBILLOS-VEGA; JORQUERA; CARRASCO, 2022), esperava-se que os alunos aprendessem na prática a refletir criticamente e tivessem à disposição ferramentas práticas para defender e representar pessoas em processos por crimes contra os direitos humanos ocorridos

durante a ditadura, capacitando-os sobre aspectos gerais que permitir-lhes tornar visível a importância, complexidade e validade deste tema. Até que ponto as reformas da defensoria pública estão mudando a provisão da defesa legal (AGUIAR-AGUILAR, 2021)? Os resultados de estudos realizados em 3 estados mexicanos sugerem que, à medida que a implementação da reforma avança, os defensores públicos ganham mais ferramentas para oferecer uma representação legal eficaz, em particular, eles são mais bem treinados, têm salários mais altos, menos carga horária por defensor e aumentam seu acesso aos serviços forenses.

Por isso, mecanismos, como a ação pública de constitucionalidade, são relevantes quando se discute os fundamentos democráticos do controle de constitucionalidade na América Latina. Há três avanços importantes no constitucionalismo latino-americano no último meio século. A primeira foi marcada pelo reconhecimento de que era preciso investigar os fundamentos democráticos do controle de constitucionalidade. Este não foi um debate exclusivamente norte-americano ou europeu, nem foi uma questão superada na região. Ao contrário, era uma área em que as reflexões filosóficas, políticas e constitucionais da América Latina deveriam ser tratadas com rigor e seriedade. Por trás desse grande avanço está à justiça contra o governo (ROA ROA, 2021).

Em conclusão, o fomento ao sistema multiportas representa um passo importante na busca pela melhoria do acesso à justiça na América Latina. Os países da região têm reconhecido a necessidade de aliviar a sobrecarga do sistema judicial, tornar a justiça mais acessível, respeitar as preferências culturais e promover a eficiência na resolução de disputas legais. Essa abordagem não apenas agiliza a solução de conflitos, mas também contribui para a construção de sociedades mais justas e pacíficas. Os casos exemplificados no Chile, Colômbia e México demonstram como o sistema multiportas pode ser uma ferramenta valiosa para enfrentar desafios complexos, como reparação de violações de direitos humanos e transformações democráticas. Portanto, sua promoção continua a ser fundamental na busca por sistemas de justiça mais funcionais e inclusivos na América Latina.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste estudo, foi explorada a importância do sistema multiportas na América Latina, trazendo seus benefícios, desafios e o contexto específico de países como o Brasil, o Chile, a Colômbia e o México. Ao final desta análise, é possível vislumbrar a realidade sobre a implementação e o impacto desse sistema na região.

O primeiro aspecto importante a ser destacado é a presença de desafios significativos que dificultam a adoção efetiva do sistema multiportas. Entre esses desafios, a resistência cultural à mudança é uma questão central. Muitos países latino-americanos têm uma tradição de litigância como a primeira e, às vezes, única opção para a resolução de conflitos. Essa mentalidade pode ser profundamente enraizada e difícil de superar. A cultura do consenso, que é uma pedra angular do sistema multiportas, requer uma mudança de paradigma que nem sempre é fácil de promover.

Além disso, a falta de conscientização sobre as alternativas à litigância é um obstáculo substancial. Muitos cidadãos e advogados podem não estar cientes das opções disponíveis, como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Isso resulta em uma sobrecarga de casos nos tribunais, tornando a justiça mais lenta e inacessível para muitos.

A capacitação adequada dos operadores do direito é outro desafio a ser enfrentado. A eficácia do sistema multiportas depende de mediadores e árbitros bem treinados, capazes de facilitar o processo de resolução de conflitos de maneira justa e imparcial. A falta de formação nessa área pode comprometer a qualidade das alternativas à litigância.

Por fim, a complexidade do sistema legal em alguns países latino-americanos pode dificultar a compreensão e o acesso das partes às opções de resolução de litígios. Isso pode levar a uma desigualdade no acesso à justiça, já que indivíduos com menos recursos ou conhecimento jurídico podem ser desfavorecidos.

Apesar dos desafios, a implementação efetiva do sistema multiportas na América Latina oferece uma série de benefícios claros. Primeiramente, a redução de custos é uma vantagem significativa. Resolver disputas por meio de métodos alternativos muitas vezes é mais econômico do que recorrer ao sistema judicial tradicional, que pode ser caro devido a honorários advocatícios, custas judiciais e outros gastos associados.

Além disso, a celeridade na resolução de conflitos é um dos pontos fortes do

sistema multiportas. Os tribunais frequentemente enfrentam atrasos significativos devido à sobrecarga de casos, mas as alternativas à litigância podem fornecer soluções mais rápidas. Isso é particularmente importante para as partes envolvidas, que podem buscar uma resolução mais rápida de seus problemas.

Outro benefício é a maior satisfação das partes. O sistema multiportas frequentemente permite que as partes desempenhem um papel mais ativo na resolução de suas disputas, resultando em soluções que são mais satisfatórias para ambas as partes. Isso contribui para uma experiência de justiça mais positiva.

Desse feito, a promoção de uma cultura de resolução colaborativa de disputas é um aspecto fundamental do sistema multiportas. Ao incentivar as partes a trabalhar juntas para encontrar soluções, o sistema contribui para a construção de sociedades mais pacíficas e cooperativas.

Com base nas experiências de países como o Brasil, o Chile, a Colômbia e o México, algumas estratégias de implementação eficaz do sistema multiportas na América Latina podem ser delineadas:

- Conscientização Pública: Campanhas de conscientização são essenciais para informar o público sobre as alternativas à litigância e seus benefícios. Isso pode incluir programas de educação jurídica nas escolas e esforços contínuos para divulgar informações sobre as opções disponíveis.
- Capacitação Adequada: A formação de mediadores e árbitros deve ser uma prioridade. Isso envolve a criação de programas de treinamento robustos e a certificação adequada dos profissionais nesse campo.
- Legislação Clara e Regulamentações Consistentes: É fundamental estabelecer regulamentações claras que forneçam diretrizes sobre como as alternativas à litigância devem ser conduzidas. Além disso, a coordenação regional pode ser benéfica para garantir uma abordagem consistente em toda a América Latina.
- Incentivos para a Utilização: Oferecer incentivos, como redução de taxas judiciais para aqueles que optam por métodos alternativos de resolução de disputas, pode encorajar a adesão a essas alternativas.

- Avaliação Contínua: Monitorar e avaliar regularmente o funcionamento do sistema multiportas é crucial para identificar áreas que precisam de aprimoramento e garantir sua eficácia contínua.

O sistema multiportas representa um avanço significativo na busca por uma justiça mais acessível e eficaz na América Latina. À medida que os países da região continuam a enfrentar desafios no sistema judicial tradicional, a adoção e implementação efetiva dessas alternativas à litigância são cada vez mais importantes.

À medida que a conscientização pública cresce e os operadores do direito se tornam mais proficientes em métodos alternativos de resolução de disputas, é possível que o sistema multiportas desempenhe um papel ainda mais central na construção de sistemas judiciais mais ágeis e centrados nas necessidades dos cidadãos.

Além disso, a coordenação regional e a troca de experiências entre países podem acelerar o progresso nessa área. À medida que as nações latino-americanas compartilham melhores práticas e lições aprendidas, elas podem avançar mais rapidamente em direção a sistemas judiciais mais eficientes e justos.

Em suma, o sistema multiportas é uma ferramenta valiosa na busca por uma justiça mais rápida e acessível na América Latina. Embora os desafios sejam reais, os benefícios potenciais são substanciais, incluindo a redução de custos, a resolução mais rápida de conflitos e a promoção de uma cultura de resolução colaborativa de disputas.

A conscientização pública, a capacitação adequada, regulamentações claras e a coordenação regional são elementos-chave para a implementação bem-sucedida do sistema multiportas. À medida que os países latino-americanos continuam a enfrentar os desafios em seus sistemas judiciais, a adoção efetiva dessas alternativas à litigância pode desempenhar um papel crucial na melhoria da justiça na região. Com esforços contínuos e um compromisso renovado, a América Latina pode trilhar o caminho em direção a uma justiça mais eficiente, eficaz e centrada no cidadão.

REFERÊNCIAS

AGUIAR-AGUILAR, A. A.. Gaining Access to Justice: A Subnational Study of Public Defender Offices in Mexico. Mex. law rev, Ciudad de México. 2021. Disponível em:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-05782021000100035&lng=es&nrm=iso. Acesso em 04/05/2023.

ALVES, F. G.; DE ALENCAR XAVIER, Y. M.; DE OLIVEIRA SANTOS, K S. A solução de conflitos na perspectiva do sistema multiportas e sua relevância na efetivação do acesso à justiça. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 24, n. 48, p. 271-297, 2021. Disponível em: https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/24400/19612. Acesso em 14/09/2023.

BRASIL. Justiça em números. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf. Acesso em 14/09/2023.

CRESPO, M. H. A construção da América Latina que queremos: complementando as democracias representativas através da construção de consenso. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14/09/2023.

CUBILLOS-VEGA, C.; JORQUERA, M. J.; ROBLES CARRASCO, I. El trabajo de las clínicas jurídicas en clave intersectorial y su contribución al acceso a la justicia en procesos de reparación de víctimas de crímenes de lesa humanidad. El caso de la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Valparaíso en Chile. 2022. Disponível em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992022000100141&lng=es&nrm=iso. Acesso em 03/05/2023.

DE SOUZA, G. P.; DE SOUZA, P. A. B. A desjudicialização e o acesso à justiça: institutos e tendências. ETIC-Encontro de Iniciação Científica. 2021. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/9034. Acesso em 14/09/2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf. Acesso em 14/09/2023.

FERREIRA, G. M. e SILVA, P. F. da. A judicialização das relações familiares no brasil e a técnica da constelação familiar como alternativa ao litígio. JNT- Facit Business and Technology Journal. 2022. Disponível em: https://jnt1.websiteseguro.com/index.php/JNT/article/view/1955. Acesso em 14/09/2023.

GIMENEZ, M. Z. e BRABO, T. S. A. M. A cultura da cidadania como mecanismo transformador da cultura do litígio. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Pouso Alegre. 2018. Disponível em: https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/article/view/195/204. Acesso em 14/09/2023.

GRIEBLER, J. B. e SERRER, F. Sistema multiportas de justiça e a atuação do projeto de extensão conflitos sociais e direitos humanos. Revista Direito em Debate. Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Unijuí. 2020. Disponível em: https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/9395. Acesso em 14/09/2023.

GRINOVER, A. P. Mediação paraprocessual. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14/09/2023.

MACIEL, R. C. A. de C. A conciliação judicial frente à cultura do litígio: uma análise da motivação das partes para a não realização do acordo em audiência de conciliação no CEJUSC-Natal. Carpe Diem: Revista Cultural e Científica do UNIFACEX. 2022. Disponível em: https://periodicos.unifacex.com.br/Revista/article/view/1119/368. Acesso em 14/09/2023.

MIRANDA, T., e SANT'ANNA, V. A cláusula med-arb e os dilemas criados para o sistema multiportas pelo ordenamento jurídico brasileiro. 2021. Disponível em: https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2021/11/ARTIGO-THALES-MIRANDA-VALERIA-SANT-ANNA.pdf. Acesso em 14/09/2023.

MORAES, D. A. de Tribunal Multiportas como ferramenta para a concretização do acesso à justiça material e considerações no âmbito brasileiro. Faculdade de Direito de Niterói. Niterói, 2022. Disponível em: https://app.uff.br/riuff;/bitstream/handle/1/26843/Danilo%20Affonso%20de%20Moraes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14/09/2023.

MORAIS, L. R. A cultura do litígio no sistema jurisdicional cível brasileiro. Dissertação de mestrado da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Centro Universitário de Brasília. Brasília. 2019. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13425/1/221416144.pdf. Acesso em 14/09/2023.

PACHA, A. M. Quando menos interferência é mais justiça. Curso família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos, 2012, Rio de Janeiro. p.9-27. Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiadoseculoXXI.pdf#page=10. Acesso em 14/09/2023.

ROA ROA, J. E. La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano. Rev. Derecho Estado [online]. 2021. Disponível em: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/7143/10730. Acesso em 03/05/2023.

SAID FILHO, F. F. A crise do Poder Judiciário: Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 44, n. 142, Junho, 2017. Disponível em: https://periodicos.ufs.br/dike/article/view/7622/9272. Acesso em 14/09/2023.

SOUZA, T. M. de. O exercício do direito fundamental de acesso à justiça sob a perspectiva da implantação do "sistema multiportas" nas serventias extrajudiciais. Goiás. 2020. Disponível em: https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/806/1/THIAGO%20MAGALHAES.pdf. Acesso em 14/09/2023.

VIDAL, L. C. D. A importante função das convenções processuais na mudança da cultura do litígio: a interligação entre consensualidade e convencionalidade. Revista dos Estudantes de Direito da UNB. Universidade de Brasília. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/13502/18666. Acesso em 14/09/2023.

WATANABE, K. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14/09/2023.

A ATA NOTARIAL COMO INSTRUMENTO ÚTIL NA GESTÃO DE CONFLITOS PROCESSUAIS

MIRANDA, Aline Graciete de Araújo[1]
SILVA, Renato Douglas de Barros[2]
FRANCESCHET, Júlio César[3]

A pesquisa trata de um tema atual e ainda pouco explorado pelos operadores do direito e de grande utilidade a proteção de direitos. Objetiva demonstrar o importante papel da ata notarial, lavrada pelo Tabelião de Notas como instrumento útil na gestão de conflitos processuais, na celeridade processual e duração razoável do processo, dando efetividade ao princípio constitucional elencado no art. 5º, LXXVII da Constituição Federal. Diante de um Poder Judiciário com grande número de processos em curso, a ata notarial é um importante instrumento na instrução processual. Esse instrumento, introduzido formalmente no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 8.935/1994, ganhou notoriedade com o Código de Processo Civil de 2015 uma vez que ele trouxe a ata notarial como uma das provas tipificadas e a cada dia mais, vem marcando presença e importância nos meios de prova e proteção de direitos. De caráter teórico através da coleta de dados e análise das informações. De natureza qualitativa tendo em vista a argumentação e raciocínio de forma subjetiva. Utiliza-se análise textual discursiva para sustentar a premissa: diante da presunção legal de veracidade, a ata notarial pode ser considerada uma das provas mais robustas no direito brasileiro, demonstrando a importância do tabelião de notas na instrução probatória e gestão de conflitos processuais.

Palavras-chaves: Gestão de conflitos, proteção de direitos, meio de prova, tabelião de notas, ata notarial.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Mestranda em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Araraquara – UNIARA. Tabeliã de Notas. email aline.gam@hotmail.com.
[2] Mestrando em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Araraquara – UNIARA. Escrivão TJMG. email renatodouglasbarros@gmail.com.
[3] Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor dos cursos de graduação e pós graduação em direito e gestão de conflitos da Universidade de Araraquara (UNIARA). email: jcfranceschet@uniara.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, insere-se na temática meios de provas e proteção de direitos. Hodiernamente, o direito e a justiça passaram por grandes transformações devido às demandas das relações sociais, culminando em uma sobrecarga do Poder Judiciário.

O direito de ação vai além do acesso à ordem jurídica, e diz respeito, também, à obtenção de uma solução justa ao litígio levado ao poder jurisdicional em tempo razoável. Dessa forma, o acesso das partes à ampla produção de provas para que a decisão judicial seja a mais aderente à realidade fática é de grande importância a uma ordem jurídica justa. Dentre os meios de prova tipificados no Código de Processo Civil[4], temos a ata notarial que é um instrumento útil na instrução probatória formada extrajudicialmente pelo tabelião de notas, com imparcialidade e fé pública.

Ao observar a literatura e a contextualização prática, fica claro que o tabelião de notas tem fundamental participação na instrução probatória por meio da ata notarial, colaborando para uma decisão judicial justa e em tempo razoável. Neste contexto a presente pesquisa foi movida pelos questionamentos a seguir: O tabelião de notas está apto a oferecer meios de prova para instrução processual? Como o tabelião de notas contribui na instrução probatória? A ata notarial é um instrumento útil na gestão de conflitos processuais? A ata notarial vem sido utilizada de forma efetiva pelos operadores do direito?

Para responder aos questionamentos supracitados, delimitou-se como objetivo geral a demonstração da importância da ata notarial na instrução probatória e na gestão de conflitos processuais e, ainda, a sua colaboração para uma decisão judicial justa e em tempo razoável. Em complemento, foram perseguidos os seguintes objetivos específicos: análise da importância do Tabelião de Notas no sistema de justiça, como o tabelião de notas pode contribuir de forma significativa na gestão de conflitos processuais, o estudo

[4] Código de Processo Civil, art 384: A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

da ata notarial lavrada pelo tabelião de notas e como ela vem sido utilizada pelos operadores do direito.

Em sintonia aos objetivos previamente definidos, esta pesquisa foi realizada através de uma metodologia explicitada nas seguintes delimitações: método dedutivo partindo-se da análise geral dos meios de provas, para a seara particular consistente na verificação da ata notarial na instrução probatória. Acrescente-se que possui caráter teórico, em sua forma de coleta e análise dos dados e informações. Em natureza, portanto, é qualitativo pois origina-se de argumentação e raciocínio de análise subjetiva. Usa-se aqui a análise textual discursiva para examinar os conteúdos de teorias, doutrinas e normas com o objetivo de sustentar a premissa de estudo: diante da presunção legal de veracidade, a ata notarial pode ser considerada uma das provas mais robustas no direito brasileiro, demonstrando a importância do tabelião de notas na instrução probatória e razoabilidade temporal do processo.

Nota-se que o tema de pesquisa deste trabalho é extremamente atualizado e conveniente. Ele se justifica em decorrência de sua relevância jurídica, econômica, social, cultural e técnica, especialmente pelo fato de os tabelionatos de notas exercerem fundamental papel no acesso à justiça, prevenção de conflitos e proteção de direitos. Urge, ainda, acrescentar as relevâncias econômica e técnica, em razão do assessoramento jurídico prestado à sociedade pelos notários como importante ferramenta de prevenção de conflitos.

Em aderência à problemática aqui apresentada e aos objetivos delimitados, este trabalho foi organizado em quatro tópicos, além da introdução e considerações finais, sendo o primeiro, o papel do tabelião de notas no sistema de justiça, o segundo, ata notarial como meio de prova no Código de Processo Civil, o terceiro, a importância da ata notarial como meio de prova e, por fim, a subutilização da ata notarial.

2. O PAPEL DO TABELIÃO DE NOTAS NO SISTEMA DE JUSTIÇA

Para o essencial e adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça é necessário e fundamental. O tabelião de notas tem origem nos primórdios da civilização para atender às necessidades da sociedade e essa função continua até os dias atuais. Assim, Grinover, ressalta que com a evolução da sociedade, a

interpretação das normas deve considerar e se adaptar às circunstâncias da atualidade, utilizando-se do método evolutivo (GRINOVER, 2018). E ainda que o direito de acesso à justiça está entre os exemplos de maior importância nesta evolução da interpretação da norma (GRINOVER, 2018).

Cappelletti, e Garth (1988) citam que definir "acesso à justiça" é extremamente difícil, mas essa definição se encarrega de indicar, basicamente, duas finalidades dentro do ordenamento jurídico: a justiça ser acessível a todos os cidadãos sem diferenciação entre eles, de forma igualitária; e os resultados do acesso à justiça, ser colocado para a sociedade de forma justa, atendendo individualmente cada cidadão (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A ampla possibilidade de produção de provas está diretamente ligada a essa linha de pensamento, em especial no tocante à forma justa do acesso à justiça. Isso porque a instrução probatória traz ao processo os meios para o livre convencimento do magistrado, para que sua decisão seja a mais aderente à realidade.

A função do tabelião de notas é muito antiga, segundo Brandelli, é provável que anteceda à própria formação do Direito e do Estado, sendo a história da atividade notarial confundida com a própria história do direito e da sociedade (BRANDELLI, 201):

> A necessidade humana de segurança e certeza, caracterizada pela necessidade de estabilidade nas relações sejam estas jurídicas ou não, amparou esse requerimento social pelo surgimento de um agente que pudesse perpetuar no tempo os negócios privados assegurando os direitos deles derivados." (BRANDELLI, 2011, p.26).

Para Rodrigues e Ferreira a atividade notarial surge da necessidade de documentar certos fatos da vida:

> É provável que a atividade notarial seja uma instituição que antecede a própria formação do direito e do Estado. A necessidade de documentar e registrar certos fatos da vida, das relações e dos negócios deve ter propiciado o surgimento de pessoas que detinham a confiança de seus pares para redigir os negócios. Surgia assim o notário (RODRIGUES; FERREIRA, 2013, P.15).

Não resta dúvidas na doutrina de que a origem da atividade notarial é muito remota, mas surge algumas divergências: para Brandelli o escriba da civilização egípcia e do povo hebreu é o antepassado mais remoto do notário (BRANDELLI, 2011), já para Luiz Guilherme Loureiro o antepassado mais remoto do tabelião não são os escribas, mas

sim os profissionais da alta idade média tendo em vista que os escribas não eram profissionais jurídicos (LOUREIRO, 2016). Fato é, que a atividade do notário surgiu de uma necessidade social da tutela de direitos fundamentais e para trazer segurança nos contratos (LOUREIRO, 2016).

Com o passar dos tempos e a necessidade da sociedade de demandas cada vez mais complexas, novas alternativas surgem com o objetivo de pacificação social e isso pode ser confirmado com o crescente processo de desjudicialização na atualidade, para alcançar o suprimento das necessidades das relações da sociedade A título de curiosidade, no período da Grécia Antiga e do Direito Romano, se fazia necessária a intervenção judicial nos atos lavrados pelos tabeliães para que tivessem eficácia probatória (BORTZ, 2009).

Em se tratando da desjudicialização, conforme ensinamento do Desembargador Marcelo Guimarães Rodrigues:

> O fenômeno da desjudicialização, iniciado na Europa Continental, a exemplo de Portugal e Espanha, é atualmente uma realidade que caminha passo a passo no direito brasileiro, como alternativa à complexa, onerosa e, por vezes, demorada movimentação da máquina judicial, representando tendência contemporânea de potencializar mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos que garantam celeridade, eficácia e segurança jurídica. Importa em criar vias alternativas e eficientes de resolução de conflitos, sem descurar do livre e permanente acesso ao Judiciário. E nisso se afeiçoa ao propósito do sistema do notariado latino a que a lei atribui um valor declarativo e um grau de certeza e segurança jurídicas reforçados, com destacada atuação preventiva na resolução de conflitos (RODRIGUES, 2021, p. 2)

O tabelião de notas tem fundamental importância no sistema de justiça pátrio e muitas atribuições que um dia foi exclusivamente do poder judiciário, hoje são exclusivas do tabelião e outras de concorrência desses e magistrados. Um caso curioso que bem exemplifica o aumento da competência do tabelião, é a alienação de imóveis que já foi um ato em que o juiz, na administração pública de interesses privados, conferia fé pública a esses tipos de contratos. Segundo Bortz:

> Observe-se que essa atribuição destinada a conferir fé pública judicial ao contrato de alienação de imóveis era exercida, primitivamente, pelo juiz de direito. Era um ato de jurisdição voluntária, cujos efeitos dependiam da intervenção do juiz, com força de coisa julgada. O crescimento extraordinário dessas demandas, paralelamente às outras que competiam ao magistrado resolver, e que envolviam outras complexidades, provocou a natural

> delegação daquela intervenção pública nos contratos privados ao seu auxiliar, o notário (BORTZ, 2009. p. 79)

Um exemplo de peso, que demonstra a competência concorrente entre magistrado e tabelião, relativamente recente, é a lei 11.441/2007, que foi uma verdadeira reviravolta no sistema de justiça brasileiro. Desde sua edição, é possível a lavratura de inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável pelo tabelião de notas. A Constituição Federal, em seu artigo 236, traz as diretrizes do serviço notarial e registral e estabelece que esses serviços são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

A Lei 8.435 de 18 de novembro de 1994 veio regulamentar o dispositivo constitucional traz a função e competências do tabelião de notas em seus artigos 6º [5] e 7º [6] e estabelece que o notário é um profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial. Nas palavras Tepedino:

> Cuida-se, portanto, o notário de agente público delegado, que desempenha função pública em caráter privado, a partir de investidura por concurso público, sem, contudo, manter qualquer vínculo de subordinação ou hierarquia frente ao Estado, de modo a ser remunerado diretamente pelas partes por meio de custas e emolumentos. Tal mecanismo assegura aos notários independência funcional, já que se submetem tão somente à fiscalização do Poder Judiciário, sem que haja qualquer interferência do Poder delegante no desempenho da função pública que lhe é atribuída. (TEPEDINO, 2012, p. 15-16)

Segundo Bortz, "o Estado não desempenha bem essa atividade diretamente, por isso a realiza pelo sistema de delegação. Portanto, o notário (como também o registrador) está investido de um múnus público de bem prestar esse serviço (em substituição ao Estado - por delegação)" (BORTZ, 2009, p.92).

Não resta dúvidas da necessidade de conhecimento jurídico aprofundado ao notário para formalizar a vontade das partes. Além do mais, cabe ao tabelião de notas

[5] Lei 8435/94, art 6: Aos notários compete: I - formalizar juridicamente a vontade das partes; II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; III - autenticar fatos.

[6] Lei 8435/94, art 7: Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: I - lavrar escrituras e procurações públicas; II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; III - lavrar atas notariais; IV - reconhecer firmas; V - autenticar cópias.

autenticar fatos, sendo que a ata notarial lavrada pelo notário se trata de prova pré-constituída hábil a garantir o exercício de direitos. Por fim, cabe ao notário intervir nos atos e negócios jurídicos, destacando sua função de assessoramento para proteger e garantir segurança jurídica às partes (REATO, 2019)

Dentro da atividade notarial, podemos citar a função assessora, a função legitimadora e a função autenticadora do tabelião de notas. Em se tratando da função de assessoramento, o tabelião irá instruir os interessados da possibilidade de dar forma pública e validade jurídica ao negócio levado até ele. O tabelião irá informar às partes se suas vontades são possíveis do ponto de vista legal, os requisitos, as consequências e o caminho mais adequado ao negócio lícito proposto, cumprindo o princípio da legalidade. Segundo Ferreira e Rodrigues:

> O controle da legalidade no assessoramento, ressalte-se, tem duplo significado: primeiro, a consecução do interesse público de conservar os direitos na normalidade jurídica e a estabilidade jurídica dos direitos adquiridos, e, segundo, garantir que as partes cumpram todos os requisitos legais e tributários no ato que realizam, para que obtenham seus efeitos jurídicos plenos (FERREIRA; RODRIGUES, 2021, p. 27).

Na função legitimadora, o tabelião dará forma ao ato, irá moldar, respeitando todos os requisitos legais, a vontade das partes para que o ato jurídico alcance plenos efeitos. Para Ferreira e Rodrigues:

> Na função legitimadora, o Tabelião trabalha com a qualificação notarial em três momentos: incialmente, admite o ato dando se por requerido; após, verifica a capacidade das partes para o ato solicitado, bem como todos os demais elementos substantivos das partes, do objeto e do próprio ato, e, finalmente, dota o de uma força reconhecida pelo direito, redigindo o instrumento público adequado (FERREIRA; RODRIGUES, 2021, p. 28).

Na função autenticadora, o tabelião de notas, delegatário do serviço público, traz aos atos por ele praticado, a presunção de veracidade que faz prova plena nos negócios jurídicos por ele descritos. A doutrina traz que essa função se desdobra em três: autenticidade formal, autenticidade de fundo e autenticidade corporal. Nas palavras de Ferreira e Rodrigues:

A autenticidade corporal (documento autêntico), a autenticidade formal (documento eficaz) e a autenticidade de fundo (negócio eficaz) são o resultado de uma tríplice atividade notarial, documentadora, adequadora e conservadora, com funções que se complementam entre si e que, juntas, possibilitam atingir os fins de certeza e segurança jurídica que a função notarial persegue e exige.

Nota-se que a atividade notarial em muitas de suas competências, acaba por ser um desmembramento da própria função jurisdicional, mas que a qualquer momento poderá ser levada ao conhecimento do juiz, pois somente ele tem a competência, em nome do Estado, de decidir com força de coisa julgada.

Não resta dúvidas, como demonstrada, a importância do tabelião de notas no sistema de justiça pátrio. Outro ponto relevante, é a capilaridade dos tabelionatos de notas, elas estão presentes mesmo naqueles pequenos municípios e distritos em toda vasta extensão territorial do Brasil.

3. ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O direito à ampla produção de provas é um dos pilares fundamentais do sistema processual, pois sem a sua efetividade (da prova) não seria efetiva a própria garantia constitucional de acesso à justiça (DINAMARCO, 2009). Nota-se que o direito à prova surge, naturalmente, do direito de ação e de defesa e é inerente às garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório.

Nas palavras de Chiovenda “provare significa formar la convinzione del giudice dela esistenza o non existenza di fatti rilevanti nel processo”. (CHIOVENDA, 1980, p.50) Liebman, por sua vez, descreve “si chiamano prove i mezzi che servono a dar ela conoscenza di um fato e perciò a fornir ela dimostrazione e a formar ela convinzione dela verità del fato medesimo”. (LIEBMAN, 1973, p.70)

Para Picardi, a prova é “o coração do processo” que tem por objetivo permitir ao juiz atingir a “verdade provável”, única passível de ser atingida, dado o limite da consciência humana, de forma a aplicar a norma jurídica de forma justa. (PICARDI, 2003, p. 19). Definir prova é uma tarefa um tanto complexa devido aos seus múltiplos significados.

Santos ressalta que no Brasil, a prova judicial é subdividiva em seus aspectos objetivo e subjetivo. Enquanto, em seu aspecto objetivo, a prova constitui "o meio destinado a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo", em seu aspecto subjetivo, a prova consiste na "convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos". (SANTOS, 1999, p. 325 a 332).

Dinamarco define que o direito à prova consiste no "conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirma em relação aos fatos relevantes para o julgamento". (DINAMARCO, 2009, p. 42).

Marinoni e Arenhard explica a prova como "todo meio retórico, regulado por lei e dirigido, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-Juiz da validade das proposições, objeto de impugnação feitas no processo". (MARINONI; ARENHARD, 2009, p. 151).

Nota-se que são as provas que irão formar e atestar a convicção do juiz sobre os fatos determinantes de um processo. Santos aduz:

> (...) por isso, o que existe, realmente, é a demonstração, a exibição, a investigação dos fatos, respeitadas as regras processuais. Será bem a apuração dos fatos no processo. Daí poder-se formular uma definição – prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo. (SANTOS, 1.974, p. 16)

A apresentação das provas em juízo, tem reputação formal, conforme preceitua o artigo 369 do Código de Processo Civil.[7] Dentro do direito pátrio temos as provas atípicas, uma vez que o próprio artigo citado implica nesse entendimento quando trata da possibilidade das partes poder empregar todos os meios legais ainda que não especificados, e as provas típicas, e dentre as provas tipificadas no Código de Processo Civil, temos a ata notarial. Os meios legais de provas, tipificadas no citado diploma normativo são: ata notarial (artigo 384); depoimento pessoal (art.385 e ss.); confissão (art.

[7] Art. 369: As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, lei 11.310, 2015, art. 369).

389 e ss.); apresentação de documentos ou coisas (art. 396 e ss.); prova documental (art. 405 e ss.); prova eletrônica (art. 439 e ss.); prova testemunhal (art. 442e ss.); perícia consistente em exame, vistoria ou avaliação (art.464 e ss.) e inspeção judicial (art. 481 e ss.).

O Código de Processo Civil anterior[8] já trazia, de forma implícita, a ata notarial. O artigo 364 do referido diploma normativo estabelecia "o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença", dessa forma já poderia ser utilizada como meio de prova atípica. Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2.015, a ata notarial passa do status de prova atípica para prova típica.

Neves entende que por se tratar de um documento, a ata notarial pode ser juntada ao processo judicial e tem sua força probatória em razão da fé pública do tabelião, podendo, o juiz presumir o fato narrado como verdadeiro. Seria uma prova pré-constituída, formada fora do juízo, de natureza documental e de conteúdo testemunhal tendo em vista que o teor da ata será as impressões sensoriais do tabelião acerca do fato que ele presenciou. (NEVES, 2016).

Já para Theodoro Júnior "a ata notarial por ser dotada de fé pública, goza de presunção de veracidade juris tantum, ou seja, não aceita prova em contrário e o notário não é testemunha, mas, sim, um documentador público" (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Fredie Didier Jr aduz que a ata notarial é um excelente meio para documentar fatos, mas isso, contudo, não exime o juiz de dar-lhe o valor que ela merece. Deve-se então, nos casos concretos, permitir à parte contrária as impugnações que lhe são de direito, garantia que é indiscutivelmente reservada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. (DIDIER Jr., 2016).

Por fim, não resta dúvidas de que a ata notarial é uma grande ferramenta processual de fundamental importância probatória e útil ao processo uma vez que está ligada à demonstração dos fatos observados pelo tabelião de notas e que auxiliará no convencimento do juiz.

[8] Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1.973.

Vale ressaltar que apesar da sua importância na instrução probatória para o convencimento do juiz, o Código de Processo Civil não estabelece valor maior para a ata notarial, sendo ela de mesmo valor que as demais provas levadas ao processo.

4. A IMPORTÂNCIA DA ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA

Apesar da ata notarial ter sido prevista, de forma expressa, em nosso ordenamento jurídico, recentemente com a lei 8.935/1994[9] e ter ganhado força com o Código de Processo Civil que traz uma seção para ata notarial,[10] ela é muito antiga, assim como a atividade notarial. Nas palavras de Volpi:

> As atas notariais se confundem com a própria origem da profissão do tabelião, que delineou-se a partir do surgimento da escrita. Tendo sido moldada em diferentes regiões do planeta a partir do século XII, com o desenvolvimento da escrita e a consequente possibilidade de gravação dos fatos jurídicos, inicialmente na madeira (daí a origem do termo tabelião, de taboa) no pergaminho e por fim no papel. Assim, ao grafarem o fato ocorrido em sua presença esses profissionais o descreviam e anotavam as declarações das partes (VOLPI NETO, 2015)

No Brasil, segundo Brandelli:

> No Brasil, a primeira Ata Notarial lavrada o foi por Pêro Vaz de Caminha, escrivão da armada portuguesa, ao narrar ao rei de Portugal a descoberta e a pose das novas terras. Embora lavrada sob outra designação, à carta de Pêro Vaz de Caminha, levada para Portugal por Gaspar de Lemos, e que é o registro de nascimento do Brasil constitui se efetivamente na primeira Ata Notarial lavrada em solo pátrio, uma vez que lavrada pelo escrivão da armada e dada a sua natureza narrativa. (BRANDELLI, 2004, p.42).

Humberto Theodoro Júnior estabelece que a escritura pública é a mais importante das provas pré-constituídas, porque é lavrada pelo tabelião com base naquilo que ocorre na sua presença (THEODORO JÚNIOR, 2003).

A ata notarial é um meio de prova versátil e contribui de maneira vigorosa na efetivação de direitos, em especial na consecução de um processo judicial efetivo, justo

[9] Lei 8.935/94 - Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: (...); III - lavrar atas notariais; (...).
[10] Código de Processo Civil - Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

e célere. A aplicação da ata notarial não se limita a produzir conteúdo em uma reunião de condomínio, ela tem inúmeras aplicações.

Para Ferreira e Rodrigues, as atas notarias se classificam em atas de notoriedade, atas de presença e declaração, atas de constatação em diligência externas, atas de notificação, atas de autenticação eletrônica, atas de subsanação, atas de usucapião. (FERREIRA; RODRIGUES, 2021). Pode-se acrescentar nessa classificação a ata de adjudicação compulsória, trazida pela lei 14.382/2022, mais uma inovação legislativa que demonstra a importância do notário no processo de desjudicialização e das serventias extrajudiciais como meio de acesso à justiça.

Fazendo um breve comentário de cada classificação das atas notariais, quando se fala em ata de notoriedade, está ligada aos fatos notórios, nas palavras de Ferreira e Rodrigues:

> Algumas pessoas necessitam fazer prova do seu próprio nome, de sua capacidade civil, de seus apelidos ou de outras situações próprias e conhecidas de sua comunidade, mas cuja fé em outros âmbitos depende do ato notarial. Na ata de notoriedade, o tabelião constata o fato através da verificação de documentos oficiais ou particulares, ou ainda através da presença e testemunho de terceiros ou de diligências visando declarar uma situação notória de interesse do solicitante. (FERREIRA; RODRIGUES, 2021, p. 197)

Um bom exemplo da ata de notoriedade é para se fazer prova de vida ao Instituto Nacional da Previdência Social (INSS) ou outro instituto de previdência ou seguradora e isso se dá da simples presença do solicitante perante o tabelião.

As atas de presença e declaração está ligada à declaração das pessoas. Ferreira e Rodrigues, assim descrevem:

> Nessa espécie de ata, o tabelião narra fielmente, em linguagem jurídica, a declaração do interessado sobre um fato ou acontecimento que presenciou ou soube por interposta pessoa, com intuito de utilizá-la no âmbito administrativo ou judicial. As declarações relativas a fatos próprios constituem uma confissão; as que versam sobre fatos de terceiros, são depoimentos. (FERREIRA; RODRIGUES, 2021, p. 198)

Apesar das atas de depoimento pessoal ou testemunho ser produzidas distante do juiz, na esfera extrajudicial, em razão da ampla liberdade probatória, essas atas podem e devem ser consideradas como autênticas em relação aos fatos declarados nela.

Já existe, inclusive, jurisprudências nesse sentido. Um exemplo foi a decisão da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que analisou a possibilidade de substituição da prova testemunhal em audiência de instrução e julgamento pela ata notarial. Na decisão ficou esclarecido que a ata é feita por pedido do interessado e como não existe vedação à aceitação da ata notarial, caberá ao juiz lançar mão da persuasão racional em relação à prova apresentada.[11]

As atas de constatação em diligência externa contemplam as mais diversas situações. Aqui, o tabelião, a pedido do solicitante, se descola até o local indicado para constatar um fato. Pode-se trazer como exemplo abertura forçada de cofre particular sob a guarda de um banco; demissão de funcionário; devolução voluntária, ou tentativa de devolver as chaves de um imóvel locado (FERREIRA; RODRIGUES, 2021)

Nas atas de notificação, não se pode confundir com a atividade registral de competência dos oficiais de registros de títulos e documentos. Explica Ferreira e Rodrigues que "as notificações dos oficiais de registro devem ser preenchidas ou integrar, sem exceção o registro público, de modo que o conteúdo da notificação obtenha também os efeitos registrários: a conservação, a publicidade (irrestrita), a presunção de conhecimento erga omnes e a de sua realização". (FERREIRA; RODRIGUES, 2021, p. 208).

Se o interessado não quiser registrar o conteúdo com efeito erga omnes, ele poderá optar pela ata notarial de notificação, na qual possibilitará a informação para pessoa indicada de determinada situação, inclusive, podendo, o interessado, requerer determinado comportamento da pessoa notificada. Exemplo trazido por Ferreira e

[11] EMENA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATA NOTARIAL. PROVA TESTEMUNHAL. SUBSTITUIÇÃO. Embora inexista vedação para que a ata notarial seja utilizada como meio de prova documentada, não há dúvida que, por não ter contato com a participação da parte contrária, a sua valoração como meio probatório não deve ser irrestrita, de maneira que ao julgador caberá lançar mão da persuasão racional em relação à aludida prova ao proferir a sua decisão, à luz dos demais elementos probatórios contidos no feito, conforme preconiza o art. 371 do CPC. (VV.) Tratando-se de prova documental, constituída por ata notarial, e não versando sobre fatos novos, caberia à parte tê-la apresentado no momento inicial, nos termos dos artigos 434 e 435, do CPC, estando preclusa a juntada posterior. A ata notarial não deve ser substituto ao depoimento de testemunha em audiência, porque a ata deve versar sobre fatos presenciados pelo tabelião; bem como porque esse deve ocorrer sob o crivo do contraditório e condução do magistrado. Agravo de Instrumento-Cv 1.0338.11.011168-3/001 -1715531-70.2019.8.13.0000 (1), jul. em 28/05/2020.

Rodrigues é o caso de falta de comparecimento para assinatura em uma escritura, que pode ser combatida pela ata notarial de notificação, de modo a possibilitar a prova para uma adjudicação compulsória (FERREIRA; RODRIGUES, 2021).

Na ata de autenticação eletrônica, também conhecida como ata de constatação de fatos em meios eletrônicos, nesse caso, o tabelião deve observar além dos aspectos jurídicos, as questões tecnológicas. É muito utilizada no direito de família, societário e trabalhista. O tabelião autenticará/verificará fatos em redes sociais, internet, e-mails e aplicativos.

A ata notarial de subsanação, é o instrumento utilizado para correção de erros. Ferreira e Rodrigues explica que a ata de subsanação é o instrumento pelo qual o tabelião constata erros em documentos particulares ou oficiais e os corrige em vista de evidente descompasso entre a situação real e a documental, entre a verdade perceptível e o erro perenizado (FERREIRA; RODRIGUES, 2021).

A ata de usucapião é documento obrigatório e um dos elemento probatórios para que o registrador de imóveis prenote e inicie o procedimento de usucapião extrajudicial. Nesse tipo de ata notarial, o tabelião atestará a posse mansa, pacífica e contínua do imóvel a ser usucapido. Para Ferreira e Rodrigues:

> A ata é sacramental, cumpre uma liturgia, um sacramento previsto em lei. Portanto, o objeto da ata envolve declarar a posse continuada, a natureza dela, o prazo, a forma de aquisição e a inexistência de ações e débitos incidentes sobre o bem. A ata vai provar a existência do justo título, ou seja, qualquer contrato aquisitivo ou com promessa de direitos, o pagamento de tributos, de contas de consumo, a realização de construções ou benfeitorias. (FERREIRA; RODRIGUES, 2021, p. 231).

Nota-se, que, em se tratando de ata notarial para reconhecimento de usucapião extrajudicial, não existe exceção e sua exigência está expressa na lei. Por fim, não se pode deixar de falar, ainda que brevemente, acerca da ata notarial para adjudicação compulsória extrajudicial, que é recente em nosso ordenamento jurídico.

Desde a edição da lei 14.382/2022 que acrescentou o art. 216-B na lei 6.015/1973, é possível a adjudicação compulsória extrajudicial e a ata notarial é um requisito legal para o seu processamento perante o registro de imóveis. O tabelião constatará a qualificação do imóvel, o nome e a qualificação do promitente comprador ou

de seus sucessores constantes do contrato de promessa, a prova do pagamento do respectivo preço e da caracterização do inadimplemento da obrigação de outorgar ou receber o título de propriedade. (Lei 6.015/1973; art. 216-B, §1º, III). Essa exigência legal é mais uma comprovação da importância da ata notarial, lavrada pelo tabelião de notas, no sistema de justiça pátrio.

Fica clara a importância da ata notarial como meio de prova e como ela contribui de forma expressiva com o sistema de justiça e está diretamente relacionada à celeridade processual. Isso porque são as provas que levarão ao conhecimento do juiz os fatos ocorridos e pelo seu livre convencimento, decida de forma justa. E a ata notarial lavrada pelo tabelião de notas, que autêntica fatos de forma imparcial e com fé pública, auxilia o magistrado a decidir de forma mais célere, pois um processo bem instruído de provas autênticas, torna o julgamento mais fácil.

5. A SUBUTILIZAÇÃO DA ATA NOTARIAL

Não obstante o instrumento da ata notarial obter grande relevância probatória, o que é essencial para o convencimento do magistrado que decidirá o litígio, os profissionais do direito ainda não entenderam a sua real importância. Os dados a seguir demonstrados comprovam essa afirmação e contribuem para uma reflexão do profissional da área, para repensar as provas nos procedimentos judiciais.

O CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em seu site oficial[12], vem ano a ano divulgando os números oficiais através de sua plataforma[13](Justiça em Números) e poderia destacar que o ano de 2022 que trago neste tópico, como referência, obteve o recorde histórico em número de processos distribuídos.

Segundo a Justiça em Números, o ano de 2022 foi marcado por um notável ingresso de novos processos. Com aumento da demanda pelo Poder Judiciário no pós-Covid-19 e incremento no acesso à Justiça, o ano de 2022 foi o maior ponto da série histórica no que se refere às demandas que chegam ao Judiciário. Em 12 meses,

[12] https://www.cnj.jus.br
[13] https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/

ingressaram 31,5 milhões de casos novos em todos os segmentos de Justiça. O volume representa crescimento de 10% em casos novos. (CNJ, 2023).

Em contrapartida no mesmo ano referência citado acima, ou seja, o ano de 2022, o órgão responsável em divulgar os números das serventias extrajudiciais, a ANOREG[14] (Associação dos Notários e Registradores do Brasil), sendo que a última divulgação é referente aos números do citado ano. O programa de divulgação de números é denominado simplesmente como Cartório em Números.

De acordo com a ANOREG no cartório em números dispõe o seguinte: 832.256 (oitocentos e trinta e dois mil, duzentos e cinquenta e seis) atas notariais foram feitas por Tabelionatos de Notas do Brasil, desde 2006. Sendo que no ano de 2022, foram lavradas 101.139 (cento e um mil, cento e trinta e nove) atas notariais. Diante desses números percebe como a ata notarial é subutilizada, os números de atas lavradas nos tabelionatos de notas comparado com os números de processos novos no judiciário é irrisório.

Sem contar que as atas notariais são utilizadas também em processos administrativos ou para resguardar direitos, sem necessariamente ser meio de prova em processo judicial.

Outro fato interessante, que deve ser levado em consideração, é a capilaridade dos tabelionatos de notas, reforçando a sua importância no sistema de justiça. Segundo relatório do Cartório em Números de 2022, existe no Brasil 13.440 serventias extrajudiciais distribuídas nos 5.570 municípios brasileiros (ANOREG, 2023, p.13).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta pesquisa foi demonstrar o importante papel da ata notarial, lavrada pelo Tabelião de Notas como instrumento útil ao processo, na celeridade processual e duração razoável do processo, dando efetividade ao princípio constitucional elencado no art. 5º, LXXVII da Constituição Federal, para isso, foi necessário analisar o papel do tabelião de notas no sistema de justiça, passando por uma rápida demonstração da sua contribuição do processo de desjudicialização e o aumento de sua competência ao longo dos anos, depois foi feita uma análise da ata notarial como meio de prova no Código

[14] https://www.anoreg.org.br

de Processo Civil, e a sua importância como meio de prova nos processos judiciais e, por fim, a subutilização da ata notarial.

O presente estudo trata-se de uma contribuição teórica a fim de demonstrar a importância dos atos lavrados pelo tabelião de notas, em especial a ata notarial, e como ele está diretamente ligado ao conceito mais atual de acesso à justiça, proporcionando a concretização de direitos e auxiliando o poder judiciário, em especial na instrução probatória e razoabilidade temporal do processo.

Em se tratando da instrução probatória, o acesso das partes à ampla produção de provas para que a decisão judicial seja a mais aderente à realidade fática é de grande importância a uma ordem jurídica justa e o tabelião de notas tem papel fundamental nessa fase processual uma vez que, conforme restou demonstrado, é de sua competência exclusiva a lavratura da ata notarial.

Dentro dessa visão, restou provado, também, que a ata notarial é um meio probatório que sempre existiu no ordenamento jurídico e é tão antiga quanto a própria atividade notarial, mas apesar disso, ela foi trazida de forma expressa no ordenamento jurídico pátrio, somente no ano de 1994, com a lei 8935. E posteriormente no Código de Processo Civil de 2015, está tipificada entre os meios de prova.

Ficou evidente que apesar de ser um importante meio de prova, a ata notarial tem o mesmo valor que os outros meios típicos de prova previstos no Código de Processo Civil. Além do mais, apesar da presunção de veracidade, a ata deve ser ainda valorada pelo juiz quando utilizada dentro de um processo. A capilaridade das serventias judiciais, em especial os tabelionatos de notas, é de grande relevância pois estão presentes em todos os municípios brasileiros à disposição da população, possibilitando a viabilização de direitos garantidos em nosso ordenamento jurídico e estando à disposição de toda população, em especial os operadores do direito, para realizar a ata notarial, possibilitando a ampla produção probatória.

Ficou claro a importante função da ata notarial como meio de prova, assim como a sua subutilização. E apesar das louvadas modificações ocorridas com o Código de Processo Civil de 2015, tipificando a ata notarial como meio de prova, ela é pouquíssimo utilizada pelos operadores do direito como meio de prova em processos judiciais.

Por fim, será necessário o despertar de uma nova consciência dos profissionais do direito, com novos aperfeiçoamentos e pesquisa para uma evolução de mudança desta realidade.

REFERÊNCIAS

ANOREG-BR (Associação dos Notários e Registradores do Brasil). Cartório em números. 3ª edição, 2021. Disponível em: ww.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Anoreg_BR-Cart%C3%B3rios-em-N%C3%BAmeros-2021-3%C2%AA-Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf . Acesso em 12/10/2022.

ANOREG-BR (Associação dos Notários e Registradores do Brasil). Cartório em números. 4ª edição, 2022. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/wpcontent/uploads/2022/12/Carto%CC%81rios-em-Nu%CC%81meros-Edic%CC%A7a%CC%83o-2022.pdf, acesso em 17/10/2023

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeirao : Elsevier, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 11ºed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORTZ, Marco Antonio Greco. A desjudicialização - um fenômeno histórico e global. Revista de Direito Notarial, São Paulo, Ano 4, n. 4, p. 75-110, 2009.

BRANDELLI, Leonardo. Ata notarial. Porto Alegre: Safe 2004.

_____. Teoria geral do direito notarial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12/10/2023.

_____. Lei nº 6015 de 31 de dezembro de 1973. Dispoe sobre registros públicos e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em 15/10/2023.

_____. Lei nº 8.435, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm#:~:text=L8935&text=LEI%20N%C2%BA%208.935%2C%20DE%2018%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201994.&text=Natureza%20e%20Fins,Art.,e%20efic%C3%A1cia%20dos%20atos%20jur%C3%ADdicos..Acesso em 12/10/2023.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 12/10/2023.

_____.Lei 14.382, de 27 de junho de 2022. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14382.htm. Acesso em 17/10/2023.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. Principii di diritto processuale civile:le azione, il processo de cognizione. Napoli: Jovene, 1980.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf. Acesso em 17/10/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/sumario-executivo-justica-em-numeros-200923.pdf, acessado 17/10/2023

_____. Resolução 35, 24 de abril de 2007. Disciplina a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179. Acesso em 12/10/2012.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 12 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6.ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. V.3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Manuale de diritto processuale civil. 3. Ed. Molano: Guiffrè. 1973-1976. Nº 164, p.70.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MISQUIAT, Débora Fayad. O Notário a Serviço da Sociedade. Revista de Direito Notarial,

São Paulo, Ano 10, n. 7, p.101-118, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Vol. Único. 8ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

PATAH, Priscila Alves. Separação e divórcio – uma visão atual. Desjudicialização e as serventias extrajudiciais – escrituras públicas de separação e divórcio. Revista Jurídica Luso Brasileira, Ano 2, n. 6, p. 1217-1241, 2016. pg. 1229-1230.

PEDROSO, João. Acesso ao Direito e à justiça: um direito fundamental em (des)construção: o caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. 2011. 647 f. Tese (Doutorado em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração). Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

PICARDI, Nicola. Appunti di diritto processuale civile: processo ordinário di cognizione le impugnación. Milano: Giufrè, 2003.

REATO, Marília Silva de Sousa. A atuação dos tabelionatos de notas como instrumento de acesso á justiça. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, 2019.

RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Tabelionato de Notas. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Cartórios).

_____. Ata Notarial – Doutrina, Prática e Meio de Prova. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

RODRIGUES, Marcelo. Tratado de registros públicos e direito notarial. 3. ed.Salvador: JusPodivm, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência. 3ª edição. São Paulo : Cortez Editora, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial, 3ª ed. v. I. São Paulo: Max Limonad, 1974.
_____. Primeiras linhas e direito processual civil. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. V. 2.

TEPEDINO, Gustavo. Opinião doutrinária. Revista de Direito Notarial, São Paulo, Ano 4, n. 4, p. 13-32, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3. T. 2.

_____. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. V. I. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VOLPI NETO, Ângelo. A vida em Atas Notariais. Disponível em: Acesso em: 10/08/2023.

DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – PROPRIEDADES E LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA

ARRUDA, Renato Simão de[1]

RESUMO

O presente artigo trata sobre o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, como inovação trazida pelo chamado "pacote anticrime", sancionado com a promulgação da lei n° 13.964/19, que inseriu o artigo 28-A no Código de Processo Penal. Faz-se ser de suma importância um estudo detalhado sobre o referido instituto e, pelo presente trabalho buscou-se analisar a disposição legal que implementou referido instituto no ordenamento vigente, seus requisitos, pressupostos, condições, casos de inaplicabilidade, forma, hipóteses de homologação, consequências do descumprimento, do cumprimento, da não aceitação e da recusa em sua propositura. Após os apontamentos, foram apresentadas críticas e os benefícios da celebração do acordo. Também se discorreu sobre a legitimidade para a sua propositura, infirmando uma possível competência da polícia judiciária, um dos propósitos do artigo, culminando com a apresentação das considerações finais. O trabalho também adentra na discussão acerca de o acordo de não persecução penal tratar-se de poder discricionário do representante do Ministério Público ou direito subjetivo do investigado. Para a construção deste trabalho empregou-se a metodologia de revisão bibliográfica, a qual incluiu análise de lei e doutrinas específicas (livros e artigos científicos) sobre o tema, que serviram de base para a construção do trabalho e respectivas considerações.

PALAVRAS CHAVE: Justiça Consensual. Acordo Criminal. Pacote Anticrime. Persecução penal.

[1] Mestrando em Direito pela Universidade de Araraquara (UNIARA). renatoarruda.jau@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Introduzido no ordenamento jurídico através da lei nº 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, publicada em 24 de dezembro de 2019, o instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), será abordado em detalhes neste trabalho.

Em linhas gerais, o ANPP consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, que poderá ser ofertado nos casos de infração penal sem violência ou grave ameaça, no qual a lei fixe pena mínima inferior a 4 anos, mediante o cumprimento de determinadas condições, decretando-se, quando cumprido, a extinção de punibilidade.

O ANPP é tido como um verdadeiro benefício ao investigado que, nos casos em que preenchidos os requisitos e que não incida hipóteses de inaplicabilidade, evita a deflagração da ação penal, não gerando reincidência (§ 13°) e nem constando das certidões criminais (§ 12°). Tem a mesma consequência da transação penal (art. 76, §4º da Lei nº 9.099/1995).

Por ser um benefício legal, não resta dúvida quanto à sua extensão ao crime de ação penal privada.

Contudo, o objetivo maior do presente trabalho é analisar a legitimidade para oferta de tal benesse legal, a possibilidade de proposta do benefício do Acordo de Não Persecução Penal analisando, inclusive, a possibilidade de oferta pela autoridade policial, até se avaliar a sua natureza, enquanto poder discricionário do Ministério Público ou direito público subjetivo do investigado.

2 METODOLOGIA

O presente artigo foi desenvolvido no Programa de Mestrado Profissional em Direito, e tem como objetivo promover o aperfeiçoamento de técnicas de emprego do instituto e contribuir para uma melhor compreensão da matéria, contribuindo com o desenvolvimento científico-tecnológico.

Mantendo aderência com essa proposta, a presente pesquisa buscou analisar diversas fontes de trabalho sobre o tema – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL –, trazendo um conceito preestabelecido no mundo acadêmico, com descrição dos

requisitos necessários à implementação do instituto e suas propriedades, com o fim de demonstrar o impacto nos procedimentos criminais.

Para materializar esse objetivo, foi realizada uma pesquisa calcada na abordagem qualitativa, que pode ser definida como uma pesquisa que exige um estudo descritivo e analítico do tema amparado em doutrina e legislação, fazendo uso da vertente teórico-metodológica dogmática para apresentação e compreensão do tema.

A monografia se fundamenta em dados bibliográficos e em análises documentais. No procedimento de investigação bibliográfica, parte-se das obras literárias mais recentes sobre a temática, colhendo as reflexões doutrinárias registradas que definem e apontam a visão sobre o ANPP, aprofundando os estudos, fazendo uso das referências de leitura que serviram de base à construção do trabalho e a sua conclusão.

Na análise dos textos normativos, o ponto inicial foi a novel legislação trazida pelo Pacote Anticrime, que instituiu o art. 28-A no Código de Processo Penal onde, cumpridas as exigências ali determinadas, o Ministério Público pode, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, propor o Acordo de Não Persecução Penal.

O caráter exploratório foi adotado, uma vez que possibilita maior familiarização com o tema, com vistas a conduzir as hipóteses de aplicação do ANPP e a legitimidade para a sua propositura.

O uso da técnica de investigação bibliográfica e documental permitiu o alcance do assunto disponível em livros, revistas, artigos científicos, dissertações, teses e outras publicações referentes à matéria; buscou-se, por escopo, compreender a realidade presente e, fazendo uso de uma interpretação sistemática, fornecer contribuição pessoal ao tema ao final do trabalho. Esse método constitui-se em procedimento básico para estudos monográficos, onde se busca o domínio do estado da arte sobre determinado tema (CERVO; BERVIAN; SILVA, 2007).

Em relação ao método dedutivo, este foi utilizado com objetivo de discorrer acerca do instituto do ANPP, seus pressupostos, condições, (in)aplicabilidade, forma, cumprimento e recusa. Observa-se que o método dedutivo parte de princípios reconhecidos como verdadeiros, chamados de premissa maior, e estabelece relações com uma segunda proposição, chamada de premissa menor. Dessa forma, utilizando-se do

raciocínio lógico, pretende-se chegar à conclusão de quem é a legitimidade para a sua propositura.

Em relação aos princípios da revisão integrativa, esta utilização foi necessária, pois esse tipo de pesquisa busca reunir as fontes de pesquisa que vão fornecer embasamento teórico para o trabalho. Além disso, serve para aplicar seus conceitos no tema do trabalho.

A condução da pesquisa documental foi compreendida de busca em material primário, secundário e jurisprudência, para estudo de caso.

A estrutura na apresentação da lógica de desenvolvimento da pesquisa passa pelo estudo do instituto do acordo de não persecução penal, críticas ao instituto, benefícios de sua celebração, (im)possibilidade de formalização no âmbito da polícia judiciária e da legitimidade para a sua propositura, até as considerações finais.

3 DO INSTITUTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O instituto do Acordo de Não Persecução Penal já é muito utilizado em outros países, como nos Estados Unidos, onde é chamado de *Plea Bargain*, podendo ser traduzido como "Pleito de Barganha". De modo geral, trata-se de negócio jurídico pré-processual, realizado entre o investigado e o Ministério Público, onde o investigado reconhece sua responsabilidade criminal (confessando o crime praticado e suas circunstâncias), abrindo mão de um processo criminal, para que desde logo receba uma pena.

Foi introduzido no ordenamento processual penal com a inserção no art. 28-A, onde restou estabelecida a possibilidade de acordo entre Acusação, Acusado e Defesa, através da lei n° 13.964/19 – denominada Pacote Anticrime (BRASIL, 2019).

Tal acordo é um avanço para o sistema penal brasileiro, pois é considerado uma solução alternativa para crimes de menor potencial ofensivo, o qual cumpre as exigências de celeridade e eficiência na resolução de conflitos, desafogando o judiciário.

Diz o art. 28-A do Código de Processo Penal que:

> Art. 28-A do CPP: "Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:
> I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
> II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
> III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
> IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
> V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Contudo, o parágrafo segundo do art. 28-A do Código de Processo Penal elencou as hipóteses em que NÃO se aplica o ANPP, como segue:

> § 2º - O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:
> I – se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;
> II – se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;
> III – ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e
> IV – nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Os requisitos do ANPP estão insculpidos no caput: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima

inferior a 4 anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Importante observar que a lei tratou de infração penal, assim sendo, pode ser aplicada em casos de crime e também de contravenção pena, desde que praticados sem violência ou grave ameaça. Essa violência constitui aquela contra pessoa e não contra bem.

Ainda, a pena mínima inferior a 4 anos leva em conta as causas de aumento e de diminuição de pena (§1º), como, por exemplo, as da tentativa do art. 14, II do CP e do tráfico privilegiado do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, as das qualificadoras do art. 155, §4º do CP e as dos concursos de crimes dos arts. 69 e seg. do CP.

Tem-se que a conexão ou continência (art. 76 e art. 77 do CPP) com crime violento ou grave ameaça obsta o ANPP, ainda que o somatório esteja no patamar legal, sob o fundamento de ausência do requisito subjetivo da suficiência para reprovação e prevenção de crime, que está também no caput e do qual trataremos a seguir.

O § 6° do art. 28-A trata da homologação do acordo, o qual é posteriormente encaminhado ao Ministério Público para que inicie sua execução perante ao juízo de execução penal, sendo assim, uma inovação, visto que anteriormente o acusado não era executado nas varas de execução.

Em se tratando de descumprimento das condições do acordo, previsto no §10° da nova Lei, o Ministério Público deve comunicar o juízo para que haja sua rescisão e posteriormente oferecimento da denúncia, alterando assim a Resolução, a qual não havia a necessidade de comunicar o magistrado.

Cumprindo integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade, e não mais o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação.

Outro aspecto relevante, diz respeito a aplicação, desde logo, do acordo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Nesse prisma, destaca-se que as regras puramente processuais têm aplicação imediata. Em outras palavras, é correto afirmar que, ao representante do Ministério Público, bem como ao acusado, nos casos em que ainda não tenha havido a denúncia, se o delito em questão for

a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, é possível a proposta do acordo de não persecução penal, desde que atendidos os pressupostos legais do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

3.1 Pressupostos

Além da confissão formal e circunstanciada, para que seja possível o acordo de não persecução penal, faz-se necessário que a infração penal tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça e tenha pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Além disso, atendidos estes pressupostos iniciais, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A análise quanto a necessidade de concessão do acordo se faz, por exemplo, com vistas a verificação antecedente de possibilidade de aplicação do instituto da transação penal (lei n° 9.099/95, artigo 76) ou, em sendo caso, arquivamento com base em princípios como o da insignificância.

Já com relação à suficiência, a depender do caso concreto, a oferta do acordo pode se mostrar insuficiente para reprovação e prevenção do crime, como nos casos em que o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional.

Por ser um benefício legal, não resta dúvida quanto à sua aplicabilidade ao crime de ação penal privada, quando presentes os seus requisitos, sob pena de transgressão do princípio da proporcionalidade. Não se pode tratar com rigor maior fatos de menor reprovabilidade.

A questão que persiste é, de quem seria a legitimidade para a sua propositura.

Nesta situação, se mostra adequada a mesma situação referente a transação penal do art. 76 da Lei nº 9.099/1995, cabendo ao querelante propor o ANPP.

De qualquer forma, sendo caso de acordo, este deverá ser feito com base em diversas condições legais, ajustadas cumulativa e alternativamente.

3.2 Condições

Os incisos I a V do artigo 28-A estabelecem as condições para a formulação do

acordo.

O representante do Ministério Público, bem como o ofendido, em caso de ação penal privada, poderá propor como condição para o acordo de não persecução penal a reparação do dano e a restituição da coisa à vítima (inciso I). Estas condições (reparação do dano e restituição da coisa) são formas de execução da justiça restaurativa. Justiça restaurativa que nesse caso se refere a busca da solução de conflito que se realiza a partir da escuta do investigado e da vítima. A exceção fica por conta apenas da impossibilidade do acusado em fazê-lo.

Quanto a condição expressa no inciso II do artigo 28-A, percebe-se a importância e relevância de o acordo de não persecução penal possuir caráter de negócio bilateral, uma vez que, em conformidade com a redação legal, o investigado deve renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produtos ou proveitos do crime. Por ser negócio bilateral, permite a "barganha" entre promotor e investigado (acompanhado de sua defesa), pois nem tudo aquilo que for indicado pelo Ministério Público necessariamente configura instrumento, produto ou proveito do crime, sendo aceita, inclusive, prova em contrário, o que torna possível, por exemplo, que a proposta/contraproposta seja mais vantajosa para a parte.

No inciso III do artigo 28-A verificamos como condição do acordo de não persecução penal a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, o que consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, as quais dar-se-ão em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Entre os incisos IV e V do artigo 28-A verificamos alternatividade entre o pagamento de prestação pecuniária ou o cumprimento de outra condição indicada pelo Ministério Público. A prestação pecuniária do Pacote Anticrime consiste no pagamento em dinheiro a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou

semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. Não deve ser confundida de todo com a prestação pecuniária prevista no Código Penal, haja vista guardarem entre si algumas diferenças, como a falta de previsão de pagamento em dinheiro à vítima e seus dependentes no Código de Processo Penal. Não sendo possível o pagamento de prestação pecuniária, cabe ainda ao representante do Ministério Público, estabelecer, por prazo determinado, outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Importante apontar, também, que o § 1º do artigo 28-A prevê que, para firmar o acordo, a pena mínima cominada ao delito deve levar em consideração as causas de aumento e diminuição de pena aplicáveis ao caso concreto. Vale lembrar que o acordo de não persecução penal é aplicável nos casos em que a pena mínima cominada seja inferior a 4 anos, então, caso um crime com pena mínima inferior a 4 anos sofra aumento em sua pena fazendo com que a mínima fique igual ou superior a 4 anos, não poderá mais ser celebrado acordo.

3.3 Inaplicabilidade

Nos incisos I a IV do § 2º, verificamos hipóteses em que não se aplicará o acordo de não persecução penal, seja por haver previsão legal de condição mais benéfica, seja porque a lei considera o fato grave o bastante para não oferecer condição especial de extinção da punibilidade.

O inciso I prevê que no caso de ser cabível transação penal, esta será ofertada, uma vez que mais benéfica ao acusado por não exigir confissão e não exigir número elevado de condições para o seu cumprimento, fazendo desta forma com que se alcance mais facilmente a extinção da punibilidade, o que beneficia o acusado.

Casos de reincidência e crime habitual também impedem a concessão do benefício do acordo de não persecução penal (inciso II), assim como não será concedido o acordo ao agente já beneficiado, inclusive por transação penal ou suspensão condicional do processo, nos últimos 5 anos (inciso III).

Com relação ao inciso IV, que veda o acordo de não persecução penal para os crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a

mulher por razões da condição de sexo feminino.

3.4 Da Forma e Da Homologação

A redação constante dos §§ 3º a 14, também traz apontamentos importantes e necessários nesta análise do acordo de não persecução penal. O acordo somente poderá ser formalizado pelo membro do Ministério Público e, para sua homologação, haverá audiência com a presença do investigado e seu defensor, podendo a proposta ser devolvida ao Ministério Público, pelo juiz, se considerada inadequada, insuficiente ou abusiva (§§ 4º e 5º).

A execução do acordo de não persecução penal homologado judicialmente dar-se-á perante o juízo da execução penal (§ 6º). Entretanto, o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais (§ 7º), e neste caso, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia (§ 8º). Tanto a homologação quanto o não cumprimento do acordo deverão ser levados ao conhecimento da vítima, que será intimada em ambos os casos (§ 9º).

3.5 Do Descumprimento

Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (§ 10°). O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo (§ 11°).

Importante esclarecer que o cumprimento parcial da condição não pode ser usado para a detração de pena, ante a violação ao que fora pactuado. O entendimento doutrinário é que se aplica, a espécie, o preceito esculpido no art. 565 do Código de Processo Penal.

3.6 Do Cumprimento

A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão

de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins de ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo (§ 12). Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade (§ 13).

3.7 Da Recusa em Propor o Acordo

E, por tratar-se de direito subjetivo do investigado, no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, aquele (investigado) poderá requerer a remessa dos autos para a instância de revisão ministerial (§ 14).

4 CRÍTICAS AO INSTITUTO

Duas são as críticas acerca do instituto do acordo de não persecução penal:

A primeira refere-se à exigência de confissão do fato criminoso, encarado pelo Doutrina como uma violação ao princípio da presunção de inocência e o princípio de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo.

A exigência de que tenha "o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal", em tese, viola a garantia constitucional de que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado" (CF/88, art. 5º, LXIII). Viola, também, o enunciado supralegal contido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica (8º, 2, g), que prevê que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada."

A segunda é a ofensa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal que, viola o sistema acusatório, a autonomia do membro do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do Magistrado. O princípio da obrigatoriedade, também tratado de indisponibilidade da ação penal, diz que o MP não pode desistir da ação penal que tenha intentado, ou mesmo de um recurso que tenha interposto (implícito nos arts. 24, 42 e 576

do CPP).

Importante apontar que, no que tange a necessidade de confissão, a Associação Brasileira de Advogados Criminalistas manejou uma ADI (Ação declaratória de Inconstitucionalidade), distribuída ao STF sob o n° 6.304/2020, que ainda pende de decisão pela Corte Suprema.

5 BENFÍCIOS DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A adoção do ANPP trouxe uma nova perspectiva para o Direito Penal brasileiro, tornando sua aplicação mais flexível. A necessidade de superar o modelo de que nenhum crime deve ficar impune, característico da obrigatoriedade da ação penal – atual modelo – tornou-se economicamente inviável e inviabilizador de ideias de justiça e eficiência na persecução penal.

O Direito Penal, apesar de ser fundado sob o preceito de ser a "*ultima ratio*", tem sido amplamente aplicado, sendo objeto de estudo dos juristas, sendo alvos de críticas por tais questões já serem tratadas no âmbito administrativo e agora desnecessariamente no penal.

Assim, é possível observar, à longo prazo, uma economia em diversas etapas em todo sistema penal. Inicialmente, os gastos referentes a um novo processo serão diminuídos pois será evitado todo o trâmite processual que requer custas para que a jurisdição seja impulsionada. Logo, o número de processos será reduzido, diminuindo, consequentemente o congestionado sistema processual penal.

E, em última análise, o acordo trará o benefício de aliviar a superlotação do sistema

carcerário. Assim, o acordo de não persecução penal traz uma nova possibilidade benéfica para o órgão acusador que irá ter menos despesas e um afrouxamento no fluxo de processos, e para o acusado, uma nova oportunidade de se retratar perante a sociedade sem necessariamente encarar o desconforto de uma ação penal.

6 DA LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A discussão sobre métodos alternativos de solução de conflitos apesar de amplamente difundida no âmbito cível, ainda não é aplicada na seara criminal como poderia, a fim de evitar a judicialização de delitos de menor potencial ofensivo.

Assim como a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambos trazidos pela lei n° 9.099/95, o Acordo de Não Persecução Penal trouxe a possibilidade de resolução de conflito de forma alternativa, negociada, célere e de menor consequência na vida do investigado.

No âmbito criminal, é o Ministério Público quem está legitimado por lei a promover a ação penal pública, conforme disposto no art. 129, inciso I da Constituição Federal, com discricionariedade para, não convencido da autoria ou materialidade, requerer o arquivamento do Inquérito Penal.

No entanto, sendo o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública, é seu, exclusivamente, o ônus da prova no Processo Penal, e deve oferecer denúncia com arrimo em prova segura e idônea colhida em total respeito aos direitos e garantias individuais dispensando, se for o caso, a instauração de inquérito policial. Nessa hipótese, deverá ter em mãos elementos necessários que o habilitem a promover a competente ação penal, podendo tratar-se de representação do ofendido, de notícia-crime (qualquer do povo) ou de requerimento de instauração de inquérito policial (RANGEL, 2016, p. 206).

Da leitura do caput do art. 28-A, nota-se que a lei emprega a expressão “poderá”, indicando que a propositura do Acordo de Não Persecução Penal é uma faculdade da acusação. Parte da Doutrina, como AURY LOPES JUNIOR (Conjur, 2020), entendem que não se trata de um poder discricionário do Ministério Público, mas sim de um direito público subjetivo do investigado.

O mesmo Aury Lopes Júnior (SÃO PAULO, 2020), entende que a liberdade interpretativa do Ministério Público deve andar junto com o direito público subjetivo do investigado, de modo que, ao parquet, cabe exclusivamente analisar se estão preenchidos os requisitos legais e negociar sobre as condições a serem estabelecidas, propondo ao interessando, cumulativa ou alternativamente, por exemplo, a reparação do dano,

pagamento de prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, não lhe competindo decidir sobre o cabimento ou não do Acordo de Não Persecução Penal.

Já Higyna Josita, coautora do artigo supracitado (Conjur, 2020), entende que o Acordo "não é direito subjetivo, mas faculdade do MP". Como supedâneo para a posição por ela adotada, menciona a r. decisão proferida nos autos do AgRg no RHC 74.464/PR, onde a Corte Superior entendeu que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada. E, posteriormente, a doutrinadora traça o paralelo em relação a ambos os institutos (Sursis processual e ANPP), afirmando que ambos têm o mesmo caráter de Justiça Penal consensual.

A questão já foi objeto de julgamento pela Corte Suprema, conforme se denota do aresto abaixo:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público "poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições". 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento.
>
> (HC n° 191.124 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021). (STF, 2021)

O que se percebe da ementa colacionada é que a Primeira Turma do STF decidiu que o ANPP não é direito subjetivo do Acusado, não sendo obrigado do representante do MP a oferta-lo.

No mesmo sentido o entendimento da Quinta Turma do STJ, ao apreciar o RHC n° 161.251, que proclamou: "é competência exclusiva do MP a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal", não cabendo ao Poder Judiciário determinar ao órgão acusador que o oferte.

A conclusão decorrente do entendimento proclamado pelas Cortes Superior e Suprema é de que se trata de um poder regulado que, quando o investigado preencher os requisitos legais (subjetivos e objetivos), passa a ser portador de um efetivo direito ao acordo, que só lhe pode ser subtraído mediante justificativa idônea e fundamentada. O investigado não pode ser refém do humor de ocasião ou da impaciência seletiva e criteriosa do representante ministerial, que deve pautar sempre a sua atuação com base no princípio da impessoalidade.

É verdade que a lei não trouxe regramento materialmente adequado para resolver a questão da falta de proposta de ANPP. Então, em caso de recusa, deveria, por analogia (art. 3 do Código de Processo Penal), fazer-se presente a obrigação instituída pelo § 1º, in fine, do art. 3-B da Lei 12.850/2013: "A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado". Em nosso juízo, a interpretação é útil diante de recusas baseadas em assertivas sintéticas, por exemplo: a medida é insuficiente para fins de prevenção/reparação do crime.

Ademais, dado que a lei estabeleceu no § 14 do art. 28-A, do Código de Processo Penal, que: "No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código." – tem-se que, em não havendo uma substancial motivação, a irresignação da parte ao órgão superior ficará enfraquecida e cerceada.

A questão é de difícil resolução, a depender do ângulo de observação, dado que, pelo lado do investigado, uma vez preenchidos os requisitos legais e havendo interesse na confissão e em não se ver processado criminalmente, o ANPP deve ser realizado,

inclusive como meio de blindar eventuais atos abusivos originários do não oferecimento da avença de forma imotivada, por subjetivismo ou mera implicância com o autor do fato, por exemplo.

Portanto, não há que se falar em discricionariedade do órgão acusador a partir do seu sentido de justiça pessoal, ou seja, não está autorizado a atribuir sentidos extralegais, ideologias, crenças religiosas ou políticas à sua escolha, anulando assim, qualquer hipótese de negativa da propositura do acordo de não persecução penal, quando preenchidos os requisitos legais necessários para sua efetivação.

Por outro lado, não resta dúvida, ser do MP, o titular da ação penal, a legitimidade de formalizar a proposta do Acordo de Não Persecução Penal.

7 DA (IM)POSSIBILIDADE DE FORMALIZAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ÂMBITO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

Para aferição da possibilidade de formalização da proposta de Acordo de Não Persecução Penal no âmbito da Polícia Judiciária, é de suma relevância estudar a função dos Núcleos Especiais Criminais (NECRIM), criados pelo Decreto nº 61.974/2016, e que foram inicialmente desenvolvidos pela polícia Civil do Estado de São Paulo para estudar e utilizar os instrumentos dos métodos de resolução de conflitos extrajudiciais nos crimes de menor potencial ofensivo, tendo em vista a lacuna da Lei nº 9.099/95.

Tal iniciativa busca seguir os princípios da celeridade e economia processual, que deveriam ser praticadas pelos Juizados Especiais Criminais, mas que ante a inexistência prática da utilização desses Juizados para esse fim, deu-se a criação do Núcleo Especial Criminal, com o escopo de auxiliar o sobrecarregamento do poder judiciário, apresentando a alternativa de que os próprios delegados de polícia, junto a um escrivão de polícia e um investigador de polícia, realizariam uma audiência de composição e formalizariam o Termo de Composição de Polícia Judiciária (TCPJ), previsto no art. 2º, inciso II, do Decreto nº 61.974/2016, que seria remetido ao Poder Judiciário, resultando na renúncia do direito de queixa ou representação.

Observa-se que em resultado dessa iniciativa, o Poder Judiciário vem aceitado a prática em questão e possibilitado a extinção de punibilidade pelos termos de conciliação

apresentados pelos Delegados de Polícia em relação aos autores de delitos de menor potencial ofensivo. Sendo uma prática que visa seguir os métodos alternativos de solução de conflitos recomendados pela Organização das Nações Unidas e regulamentadas pela Resolução nº 125/2010, pelo Conselho Nacional de Justiça.

Contudo, há de se consignar que as composições se destinam somente a delitos de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, logo, aquelas que dependem do juízo de conveniência e oportunidade das partes para buscar a tutela jurisdicional estatal.

Não obstante a atuação do NECRIM na seara criminal, também vem sendo discutido pela justiça negocial a difusão dessas práticas alternativas de resolução de conflitos aplicadas a matéria processual penal, no caso aqui estudado na possibilidade firmar de acordos extrajudiciais por Delegados de Polícia, em especial o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), instituto criado pela Lei nº 13.964/2019.

De maneira que o Acordo de Não Persecução Penal, foi definido pelo art. 28-A, caput, do Código de Processo Penal, de maneira que, "Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]".

O instituto criado por esse dispositivo legal, trata de um acordo firmado entre o investigado e o Estado, assistido por advogado, em que pela confissão do cometimento do delito pelo infrator, se oferecem condições mais benéficas que a sanção penal cominada no tipo penal, o que em teoria seria mais eficiente do que a persecução penal usualmente realizada.

Ademais, o instituto do ANPP nos termos da lei, garante a legitimidade restrita ao Ministério Público para a celebração do acordo, não autorizando a propositura pelo Delegado de Polícia. Entretanto, questiona-se a efetividade de tal restrição perante os objetivos da justiça negocial e da celeridade do sistema criminal, já que a distinção destinada ao Ministério Público foi em desacordo com as Regras de Tóquio, que tendo status hierárquico supralegal em defesa dos direitos humanos, admitem a legitimidade da

polícia, como se observa no seguinte dispositivo:

> "5. Medidas que podem ser tomadas antes do processo.
> 5 .1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado." (CNJ, 2016)

Por essa lógica, e em consonância com os princípios da celeridade e da economia processual, a legitimidade concorrente entre o Ministério Público e o Delegado de Polícia também manteria o controle judicial íntegro, visto que a proposta do ANPP visa especialmente a racionalização do sistema criminal, promovendo as ferramentas de aplicação da justiça penal negocial, ou seja, não apenas na fase da ação penal, como também compreendendo a etapa da investigação criminal.

Isso porque, ao garantir ao Delegado de Polícia a propositura do ANPP, também se evitará a produção de provas inúteis, que serão apresentadas e posteriormente descartadas pelo Ministério Público quando na fase de proposição do acordo. Assim, por essa perspectiva, ao conceder ao próprio delegado a chance de firmar o acordo, efetivamente se alcança os objetivos de celeridade e economia processual, ao mesmo tempo que combate a sobrecarga do Poder Judiciário, a partir de uma prática de justiça negocial.

Ainda, em favor da celebração do acordo entre o Delegado de Polícia e o infrator de menor potencial ofensivo, é importante destacar que as provas produzidas na investigação, sob o prisma da cooperação entre as instituições, evidenciam o caráter inerente da própria investigação em relação ao Delegado, já que este teria conhecimento da tomada das declarações da vítima, e possibilidade da indicação da renúncia voluntária dos direitos por ela, e por outro lado, da confissão do indiciado, se for o caso, o que se adequa aos requisitos exigidos para a concessão do acordo, e que dada a responsabilidade do Delegado de Polícia sobre a investigação, seria eficiente e justo que este pudesse

também firmar o ANPP.

Contudo, não há permissão legal para a celebração do Acordo no âmbito da Polícia Judiciária, sendo a legitimidade para a sua propositura, como já discorrido no tópico anterior, exclusiva do Ministério Público.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como discorrido acima, trata-se de relevante modificação no sistema processual penal acusatório, com mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal, tendo evidente finalidade conciliatória, na linha da Justiça Consensual.

Pretendeu o legislador, com acerto, privilegiar a justiça consensual, trazendo a oportunidade para que o investigado que, quando presentes os requisitos legais, possa desde logo transigir sob sua pena, livrando-se das agruras de responder a uma ação penal.

De mesmo modo, referido acordo prevê a restituição de bens ou reparação do dano a vítima, de forma célere e contemplando o objetivo fim do processo que é o de apaziguar as partes e distribuir justiça.

Para além das peculiaridades do instituto do Acordo de Não Persecução Penal, foi possível apresentar as críticas dirigidas as condições para a sua celebração, que apontam para provável violação a preceito há tempo estabelecida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Também foi possível reconhecer os benefícios decorrentes de sua celebração.

Percebe-se pelo estudo que o legislador cuidou de estabelecer criteriosamente o espaço a ser ocupado com o ANPP, evitando a colidência com outros benefícios legais elencando as hipóteses em que não deve ser ofertado.

Ao final, resta bem definida a competência do Ministério Público para formulação da proposta, com entendimento já consagrado pelas Instâncias Superiores de que se trata de poder discricionário daquele órgão, não se reconhecendo o ANPP como direito público subjetivo do Acusado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. Ministério Público e sua investigação criminal. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006.

BARBOSA, Ruchester; SILVA, Raphael Zanon da. Delegado de polícia deve viabilizar acordo de não persecução penal. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/academia-policia-delegado-policia-viabilizar-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 31/08/2023.

BETTA, Emerson de Paula. Da inconstitucionalidade e irrelevância da confissão no ANPP. Publicado em 17 mar. 2020. ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-irrelevancia-confissao-anpp>. Acesso em: 29/08/2023.

BITTENCOURT, Ila Barbosa. Justiça restaurativa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>. Acesso em 30/08/2023.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 02/09/2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02/09/2023.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022?2019/Lei/L13964.htm#art3>. Acesso em: 02/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 191.124 AgR, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021.

BRASILIO, Rodiney de Lima; QUEIROZ, Meire Cristina; THOMAZ, Everton. Núcleo Especial Criminal (NECRIM): justiça alternativa. Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48352/nucleo-especial-criminal-necrim-justica-alternativa>. Acesso em: 31/08/2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020.

CHINELLATO, Thiago. Necrim – O mais novo instrumento alternativo de resolução de conflitos. Jusbrasil. Disponível em: <https://thiagochinellato.jusbrasil.com.br/artigos/121942673/necrim-o-mais-novo-instrumento-alternativo-de-solucao-de-conflitos>. Acesso em: 31/08/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

HOFFMANN, Henrique; HABIB, Gabriel; COSTA, Adriano Sousa. Acordo de não persecução penal também precisa ser feito pelo delegado. Conjur. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/academia-policia-acordo-nao-persecucao-penal-tambem-feito-delegado>. Acesso em: 02/09/2023.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, PAULO Henrique; PARDAL, Rodrigo (org.). Lei Anticrime comentada. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

JÚNIOR, José Luiz Barboza. Acordo de não persecução penal pelo delegado de polícia. Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81621/acordo-de-nao-persecucao-penal-pelo-delegado-de-policia>. Acesso em: 03/09/2023.

MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LOPES JR. Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2020.

LOPES JR. Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 29/08/2023.

RANGEL, Paulo. Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 131-171.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: PERIGOS DE VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA

ORO, Dhyane Cristina [1]
GENTIL, Plínio [2]

O presente trabalho tem por objetivo responder ao questionamento: A Justiça Restaurativa no Brasil está preparada para ser aplicada em situações como a dos crimes sexuais, garantindo a proteção psicológica/psiquiátrica da vítima, impossibilitando a vitimização secundária? Para tanto, este artigo lança mão de pesquisa bibliográfica e documental e do método indutivo, com estudo de áreas do direito, como o direito processual penal e determinações do Conselho Nacional de justiça, assim como métodos alternativos de solução de conflitos, e análise bibliográfica da área da psicologia e psiquiatria jurídica. Assim este artigo lança mão de breve análise do caminhar histórico da Justiça Restaurativa até sua entrada no cenário brasileiro, destacando sua posição num contexto de movimentos das forças produtivas, como o Fordismo e o Toyotismo, e do capital. Buscará, ainda, expor sob a perspectiva da psicologia e psiquiatria os impactos sofridos pelas vítimas e as formas como o trauma pode se manifestar em transtornos diversos, como o transtorno de estresse pós-traumático, se estendendo pelo tempo na vida do indivíduo, sendo agravado pela vitimização secundária, especialmente no atual cenário processual brasileiro. Por fim, relacionar as atuais Resoluções que versam sobre a temática e a inexistência de preocupações com a capacidade da vítima em lidar com a exposição de sua figura processualmente e frente seu agressor. Assim, o objetivo é lançar luz sobre a problemática da falta de avanço na aplicação da justiça restaurativa frente questões interdisciplinares que demonstram a necessidade de adequação para real benefício da vítima.

Palavras-chaves: Justiça Restaurativa; Brasil; crime sexual; vítima; vitimização secundária.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Mestranda em Direito e gestão de conflitos pela Universidade de Araraquara. Discente na Universidade de Araraquara. dhyane.oro@neveseoro.adv.br.
[2]Doutor em Direito (PUC-SP) e em Educação (UFSCar). Professor universitário na Universidade de Araraquara. pabgentil@apmp.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A Justiça Restaurativa, como forma de resolução de conflitos determinou uma importante troca de ideais em âmbito penal, substituindo a finalidade meramente punitiva pela possibilidade de interação entre as partes envolvidas na problemática, buscando a superação do fato pela vítima, a cura da sociedade e a expiação do perpetrador ao expor sua situação e compreender seus erros.

Mais do que isso, a Justiça Restaurativa desenha um novo contorno no que é compreendido como resolução de conflitos em si, demonstrando que, em determinados casos, o que busca a vítima não é a penalização, mas sim ser ouvida, expondo seus traumas provenientes do impacto sofrido pelo ato cometido contra si.

Contudo, uma vez sendo esta espécie de resolução extrajudicial aplicada ao âmbito criminal iniciam-se as problemáticas, pois, por claro, crimes deste âmbito apresentam diversos níveis e categorias, sendo, a nosso ver, o sexual o mais complexo a que se pode submeter um indivíduo.

Compreende-se atualmente que os crimes sexuais são mais do que meramente um ataque físico, mas, também, um ato que promove sequelas de ordem psicológico/psiquiátrica ocasionando transtornos diversos, como distúrbios alimentares, distúrbio de sono, depressão, transtorno de ansiedade e transtorno de estresse pós-traumático, que impactam seriamente a vida da vítima, ocasionando dificuldades múltiplas na sua capacidade de convívio social, logo, expor a vítima ao seu algoz expõe, por si só, uma problemática que ultrapassa a questão jurídica e alcança o indivíduo em seu âmago.

O que nos leva ao questionamento: estaria o Brasil pronto para aplicação da Justiça Restaurativa em casos de violência sexual sem expor a vítima há um novo trauma por meio da vitimização secundária?

Para tanto, e com o fim de expor, sem, contudo, esgotar a temática, o presente artigo se dispõe a expor brevemente o histórico da justiça restaurativa, com suas finalidades e nuances até a chegada de suas bases ao sistema brasileiro. Nesse quadrante se objetiva também questionar a origem e os mecanismos de soluções como esta, que, num contexto específico do desenvolvimento e das interrelações humanas, vêm sendo apresentadas como alternativas para o enfrentamento da violência.

Em seguida, busca-se expor a figura da vítima de crimes sexuais, e o impacto psicológico e psiquiátrico causado por esta espécie de crime. Mais ainda, descrever o conceito de revitimização (composto por vitimização primária e secundária) e a forma como a indiferença na tratativa das vítimas pode agravar seu quadro, causando ainda mais danos a um indivíduo já debilitado pelo trauma.

Por fim, procura-se expor como as Resoluções do Conselho Nacional de justiça, que possibilitam a aplicação da justiça Restaurativa, não demonstram preparo para situações como a de vítimas de crimes sexuais e a possibilidade de interação com seu agressor, expondo as partes a situações de grande complexidade que podem gerar ainda mais danos.

Para alcançar o objetivo da temática, o presente trabalho se valera da pesquisa bibliográfica e documental e do método indutivo, com estudo de áreas do direito, como direito processual penal e métodos alternativos de solução de conflitos, assim como da área da psicologia e psiquiatria jurídica, com o objetivo de expor a problemática da falta de avanço na aplicação da justiça restaurativa frente questões interdisciplinares que demonstram a necessidade de adequação para real benefício da vítima na experiência da justiça restaurativa.

2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA

O conflito com a lei sempre foi tema das narrativas que envolvam as problemáticas de uma sociedade, em especial quando nos deparamos com o âmbito penal,

que aborda o descumprimento de determinações sociais atentatórias, em especial, a outros indivíduos da mesma sociedade.

Naturalmente, quando passamos a examinar o cenário que compõe o crime, teremos nuclearmente a figura da vítima e o agente da conduta, mas, com o passar do tempo, a vítima, especialmente em crimes sexuais, veio a ser substituída pelo Estado, ocasionando uma diminuição de sua importância neste enredo e fazendo crer que o Estado, como representante da sociedade, era a única figura que havia sido afetada pelo ato criminoso (ACHUTTI, 2016).

Conforme se passaram os anos, a percepção de que a vítima teria de ter seu lugar respeitado nesta equação propiciou o surgimento tímido dos contornos da chamada Justiça restaurativa, na cidade de Ontário, no Canadá, no ano de 1974, com um projeto comunitário que buscava mediar problemas entre vítima e agressor pós decisão judicial (ACHUTTI, 2016). Anos após tal iniciativa, três linhas de pensamento propiciariam a abertura para que os princípios da justiça restaurativa ganhassem espaço no país (GRECCO et al., 2014), sendo elas:

> I- Contestação das Instituições repressivas
> A Justiça Restaurativa surge quando já existia um movimento de revisão da Justiça Tradicional, ou seja, quando surgiram profundas transformações estruturais dentro e fora do campo penal, tais como a descentralização o poder estado-controlador, [...].
> II. Descoberta e consideração da vítima
> A Justiça Restaurativa emerge, então, como uma alternativa ética com uma visão diferente sobre que é a vítima e o que são suas necessidades. Considerando que, muitas vezes, vítima e ofensor poder estar conectados por circunstâncias existenciais, nem sempre as punições severas atendem as vítimas que preferem ter a chance de falar com o ofensor sobreo crime e explicar com detalhes como foram afetadas; e obter uma restituição que compense as perdas e danos. (YAZBEC, no prelo).
> III. Exaltação da comunidade.
> A recuperação do poder comunitário favoreceu o desenvolvimento de modelos restaurativos ligados, em parte, aos movimentos dos povos nativos em busca de respeito a suas crenças e em resposta ao encarceramento desproporcional de membros de sua comunidade; e, em parte, ligados a tradições de sociedades comunais em geral (GRECCO et al., 2014, p. 42-43).

Apesar de tais ideais, a Justiça restaurativa permaneceu por mais de duas décadas em segundo plano, para só então adquirir tímido espaço em países como o Brasil (ACHUTTI, 2016), mais especificamente no ano de 2000, com um projeto iniciado na

cidade de Jundiaí, no estado de São Paulo onde, apesar da brilhante iniciativa, o projeto não conseguiu avançar e se encerrou poucos tempo depois (FILGUEIRA, 2021).

No ano de 2002, apesar da falta de suporte financeiro e interesse aos projetos, uma das varas da Infância e Juventude na cidade de Porto Alegre, no estado do Rio Grande do Sul, assim como na cidade de Joinville, no estado de Santa Catarina, deram passos na direção de implantação, assim, o ideal da "mediação" em âmbito penal, por meio da Justiça Restaurativa, passou a se espalhar por outras localidades do Brasil (FILGUEIRA, 2021).

Contudo, apesar da disseminação de seus ideias e aplicação de seus princípios, é interessante notar que ainda há discrepância ao momento de definir o que seria exatamente a Justiça Restaurativa, uma vez que se considera este um conceito em constante evolução (FILGUEIRA, 2021). Como exemplo, de acordo com Howard Zehr (2017 apud FILGUEIRA, 2021), a justiça restaurativa seria:

> A Justiça Restaurativa [...] tem foco nos danos e consequentes necessidades (da vítima, mas também da Comunidade e do ofensor); Trata das obrigações resultantes destes danos (obrigações do ofensor, mas também da comunidade e da sociedade); Utiliza processos inclusivos e cooperativos; Envolve todos os que têm um interesse na situação (vítimas, ofensores, a comunidade, a sociedade); Busca corrigir males (p. 25).

Já de acordo com Achutti (2021), a justiça restaurativa poderia ser entendida como:

> [...] é um termo genérico para todas as abordagens do delito que buscam ir além da condenação e da punição e abordar as causas e consequências (pessoais, nos relacionamentos e sociais) das transgressões, por meio de formas que promovam a responsabilidade, a cura e a justiça. A Justiça Restaurativa é uma abordagem colaborativa e pacificadora para a solução de conflitos e pode ser empregada em uma variedade de situações (familiar, profissional, escolar, no sistema judicial etc.). Ela pode também usar diferentes formatos para alcançar suas metas, incluindo diálogos entre a vítima e o infrator, "conferências" de grupo de comunidades e familiares, círculos de sentenças, painéis comunitários e assim por diante (p. 45).

Apesar de opiniões conflitantes ou mesmo complementares, é possível sustentar a extensão do benefício da Justiça Restaurativa e a forma como esse este pode auxiliar na resolução de conflitos de âmbito criminal entre indivíduos na sociedade.

Ainda mais, para alguns autores como Ellwanger (2019) a justiça restaurativa deve ser analisada pelas consequências do crime e a forma como este impactou a sociedade que o cerca. Assim, tendo por base a solidariedade, conciliação e a reparação, e buscando, por meio do diálogo e respeito à vítima e ao perpetrador do ato, alcançar a composição e a possibilidade de reinserção do criminoso em sociedade após o cumprimento de pena (ou acordo) considerada adequada ao caso (ELLWANGER, 2019).

Dessa forma, é importante compreender que a Justiça restaurativa não busca por perdão entre vítima e autor, ou mesmo a reconciliação, apesar de haver a possibilidade de ocorrer o perdão e a reconciliação entre as partes, uma vez que o ambiente se torna propício para tal fato (ELLWANGER, 2019), também é válido frisar que a Justiça Restaurativa difere da mediação, uma vez que as partes devem estar envolvidas e aceitarem a participação, ainda, que haja o intuito de redução de índices de reincidência por meio desta técnica, pois, caso haja será apenas um reflexo do sistema (ELLWANGER, 2019).

Contudo, apesar dos frutíferos índices apresentados, por exemplo na cidade de São Paulo onde a vara da infância e juventude tem índice superior a 73% na taxa de acordos cumpridos (CNJ, 2018), existem situações ímpares onde a aplicação da Justiça restaurativa, sem os devidos cuidados, pode prejudicar ainda mais uma vítima já bastante fragilizada, como nos casos de agressões sexuais.

2.1 Contexto histórico econômico da Justiça Restaurativa

Uma outra abordagem também é oportuna: mecanismos de suposta solução de conflitos, como o da justiça restaurativa, vêm sendo difundidos como verdadeiras descobertas e se propondo a constituir instrumentos de pacificação social; aí estão as mediações, conciliações, arbitragens e variadas modalidades de soluções negociadas.

Embora a arbitragem, especificamente, seja instituto jurídico já longamente conhecido – e praticado principalmente entre poderosos grupos econômicos e empresariais -, as demais formas de pacificação social vão entrando para o arcabouço de *insights* do universo jurídico notadamente a partir da última década do século XX e, aos poucos, se insinuando no entremeio de uma cultura que enaltece "novos direitos", descobre impensadas "gerações" de direitos fundamentais antes inexistentes e assim ganham foros de medidas capazes de resolver "crises". Entre elas está a "crise" que permanentemente se reconhece no Poder Judiciário, mesmo sem que, concretamente, se consiga determinar alguma novidade naquilo que constituem as raízes estruturais da morosidade judiciária, da sua inacessibilidade aos pobres, da burocratização dos trâmites processuais e outros males já bastante conhecidos e recorrentes (NUNES, 2014).

Trata-se de medidas cuja execução é normalmente atribuída a atores privados, os quais, mesmo que atuando por meio da estrutura do Poder Judiciário, imprimem às suas atividades o caráter de ações de particulares, movidos por suas próprias determinações. Cuida-se, tomado o fato sob uma ótica mais acurada, de, pouco a pouco, substituir o agente público e as normas estatais, entregando aos que demandam a justiça uma prestação que margeia a ordem jurídica, com *soluções criativas*, e que, normalmente, tende a dispensar a coercitividade própria das decisões judiciais.

O momento histórico em que vicejam tais soluções alternativas é justamente imediato àquele em que, por força da forte crise de acumulação que o capital sofre a partir do final da década de 1970 e, especialmente, na de 1980, novas modalidades de exploração da mercadoria – e do trabalho humano – vão tomando o lugar das formas tradicionais de acumulação.

No universo da produção, o *fordismo* dá lugar de vez ao *toyotismo*, que se caracteriza, ao contrário do primeiro, por ser um sistema em que as mercadorias são produzidas apenas na contingência de demanda imediata – eliminada a prática de estocagem – e em que as funções dos trabalhadores são propositalmente fluidas e indeterminadas, passando a serem valorizadas a capacidade adaptativa do empregado e a sua habilidade em conhecer e operar várias tecnologias na escala de produção. Para tanto, cuida-se que as relações trabalhistas sejam "flexibilizadas", os direitos sejam negociados individualmente e o ambiente do trabalho se converta num espaço em que *todos cuidam*

de todos, como uma família, exaltando-se a ideia de uma felicidade geral, tão mais possível quanto mais flexível forem as atitudes das pessoas envolvidas. A demanda judicial por direitos dá lugar à negociação com prepostos do próprio empregador, constrói-se a narrativa de que o empregado sempre será ouvido e se enaltece o ambiente coletivo como um espaço para práticas de boa vontade, das quais todos sairão vencedores (BEZERRA, s.d).

Pois bem, qualquer semelhança do que ora se diz com a literatura que glorifica essas *novas* medidas de solução de conflitos não é mera coincidência, como coincidência não é que, justamente no período histórico em que o *fordismo* dá lugar ao *toyotismo* e em que este é propagado no mundo periférico pelos ventos do neoliberalismo, proliferem possibilidades de solucionar conflitos por meio de procedimentos que evitam a demanda judicial e contornam o direito posto, E ainda que – coroando todo esse processo – sejam preferencialmente protagonizados por particulares, ou, mais especificamente, pela iniciativa privada, que já se organiza em grupos, câmaras, escritórios, cuja atividade principal é prestar privadamente uma jurisdição tradicionalmente estatal (BEZERRA, s.d).

Nesse panorama se insere a Justiça Restaurativa, na medida em que dela se espera um potencial de pacificação que, segundo a narrativa prevalente, não poderia ser alcançado pela via judicial tradicional, com um processo do qual resultará uma decisão capaz de legitimamente coagir uma das partes a uma obrigação que ela não deseja. Tal suposição repousa na ideia, mais ampla, de que o ambiente conflituoso que se experimenta no arranjo social vigente pode se tornar suave, na medida em que se evite a busca por soluções coativas e se priorize a via da conciliação, esta é apresentada como um sistema no qual todos ganham e traz subliminarmente a ideia de que é possível humanizar a sociedade com práticas de boa vontade e sem questionar as estruturas de onde emergem antagonismos possivelmente inconciliáveis.

Assim como *boas práticas* no mundo do trabalho são apresentadas como formas inteligentes de dirimir conflitos, a entrada em cena, no universo da justiça, de soluções pacificadoras contribui para desmobilizar qualquer ideia de ação radical – no sentido de *ligada à raiz* – para confrontar as origens estruturais dos problemas.

3 A VÍTIMA DE AGRESSÃO SEXUAL

A agressão sexual, ou estupro, é considerada um dos crimes mais impactantes que um indivíduo pode vir a sofrer, pois lhe atinge não apenas na esfera física, mas também a psíquica e simbólica, deixando marcas que, poderão não ser apagadas.

A Organização Pan-Americana de saúde, compreendendo e analisando a questão definiu-a como:

> [...] qualquer ato sexual, tentativas de obter um ato sexual, comentários ou insinuações sexuais não desejadas, atos de tráfico ou dirigidos contra a sexualidade de uma pessoa usando coerção, por qualquer pessoa, independente de sua relação com a vítima, em qualquer contexto, porém não limitado à penetração da vulva ou ânus com o pênis, outra parte do corpo ou objeto [...] (OPAS, 2012, p.11).

Apesar da consciência e ciência da problemática, dados que apontam que crimes de caráter sexual ou apresentam aumento de seus casos, ou permanecem em percentuais estagnados, expõe que a situação não apresenta uma solução eficiente a ponto de proteger a população feminina do país (IPEA, 2023). Ainda mais complexa se torna a situação quando observamos os dados que dispõe que apenas 8,5% dos crimes sexuais são efetivamente relatados, o que expõe uma realidade de mais de 800 mil casos ao ano, onde basicamente 90% destes não sou relatados às autoridades competntes (IPEA, 2023).

Ao observar tais dados é necessário lembrar que as vítimas de crimes desta espécie costumam desenvolver problemas de ordem psicológica/psiquiátrica graves, como o Transtorno de Estresse Pós-traumático, transtornos alimentares e transtornos depressivos e de sono (SOUZA et al., 2012).

No que diz respeito ao transtorno de Estresse Pós-Traumático, podemos expô-lo como:

> O transtorno de estresse pós-traumático é um transtorno psicológico identificado no DSM-IV TR e caracterizado pela exposição a um evento traumático ou a uma série de eventos traumáticos. Essa exposição pode resultar na esquiva de todo o estímulo associado à experiência traumática, revivência do trauma, sonhos, aumento na ansiedade ou entorpecimento emocional (Huss, 2011, p.251).

Os transtornos alimentares poderão aparecer em todos os seus formatos: anorexia, bulimia e compulsão alimentar, que em casos extremos podem levar seu portador à morte (BARLOW; DURAND, 2008)

Quanto ao transtorno depressivo, este pode ser visto como parte dos transtornos acima citados, podendo ser divido em situações que apresentam as seguintes características:

> Humor deprimido na maior parte do dia, quase todos os dias, conforme indicado por relato subjetivo (p. ex., sente-se triste, vazio, sem esperança) ou por observação feita por outras pessoas (p. ex., parece choroso).
> [...]
> Acentuada diminuição do interesse ou prazer em todas ou quase todas as atividades na maior parte do dia, quase todos os dias (indicada por relato subjetivo ou observação feita por outras pessoas).
> Perda ou ganho significativo de peso sem estar fazendo dieta (p. ex., uma alteração de mais de 5% do peso corporal em um mês), ou redução ou aumento do apetite quase todos os dias. [...].
> Insônia ou hipersonia quase todos os dias.
> Agitação ou retardo psicomotor quase todos os dias (observáveis por outras pessoas, não meramente sensações subjetivas de inquietação ou de estar mais lento).
> Fadiga ou perda de energia quase todos os dias.
> Sentimentos de inutilidade ou culpa excessiva ou inapropriada (que podem ser delirantes) quase todos os dias (não meramente autorrecriminação ou culpa por estar doente).
> Capacidade diminuída para pensar ou se concentrar, ou indecisão, quase todos os dias (por relato subjetivo ou observação feita por outras pessoas).
> Pensamentos recorrentes de morte (não somente medo de morrer), ideação suicida recorrente sem um plano específico, uma tentativa de suicídio ou plano específico para cometer suicídio.
> Os sintomas causam sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social, profissional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo.
> O episódio não é atribuível aos efeitos fisiológicos de uma substância ou a outra condição médica (DSM-V, 2014, p. 205).

É válido frisar que diversas vítimas apresentam outros tipos de transtornos, sendo, contudo, os acima expostos são os mais frequentemente observados pelos profissionais da área da saúde que acompanham vítimas desta espécie de crime (SOUZA et al, 2012).

Neste mesmo sentido Flávia Souza e seus colaboradores (2012), corroboram as informações ao dispor que:

> Mulheres que sofrem violência sexual apresentam índices mais severos de transtornos e consequências psicológicas, como TEPT, depressão, ansiedade, transtornos alimentares, distúrbios sexuais e distúrbios do humor. Outras variáveis podem ser agregadas, como maior consumo ou abuso de álcool e de drogas, problemas de saúde, redução da qualidade de vida e comprometimento do sentimento de satisfação com a vida, o corpo, a vida sexual e os relacionamentos interpessoais. Existe significativa associação entre violência sexual e altos índices do TEPT, com sintomas que incluem dissociação, congelamento e hipervigilância e podem permanecer por muito tempo. (p.102)

Merece ainda destaque a constatação empírica, na vida forense e através da observação de vítimas, que a afronta à dignidade sexual carrega um simbolismo específico, que tende a superar traumas causados por simples violência física ou pela perda de parte do patrimônio. Tendo sua subjetividade moldada numa sociedade excludente, que traça rigidamente papeis sociais e sexuais, a vítima desses abusos tem confrontada a higidez da sua individualidade, na medida em que o papel social que aprendeu a exercer sofre contestação pela violência e é colocado diante de uma sociabilidade que valoriza ou desvaloriza indivíduos por meio da régua de suas atitudes frente ao sexo.

Dessa forma, é possível desenhar o cenário em que se encontra uma vítima de violência sexual, numa situação em que suas bases psicológicas se encontram completamente desestruturadas; logo, expô-la a determinadas situações, possivelmente constrangedoras, claramente configuraria uma afronta às suas capacidades.

3.1 Revitimização

Tradicionalmente a vítima foi mantida em papel secundário dentro do sistema que busca a penalização de seu agressor, assim como dentro da curiosidade, mascarada como indignação, da sociedade, o que pode ser claramente notado pela forma como a questão é majoritariamente tratada em livros, artigos e, até mesmo, em programas televisivos, servindo o sujeito passivo do crime apenas como meio para a condenação do agressor (RÁMILA, 2012).

De acordo com Janire Rámila (2012), a vitimização poderá ocorrer em diversos momentos do processo e da vida social da vítima, podendo ser categorizada como vitimização primária e secundária. A vitimização primaria compreenderia a vítima ao momento do ataque em si, englobando o trauma físico e psicológico sofrido.

Como vitimização secundária, a autora relata o sofrimento durante o processo, desde a "dor que supõe reviver o acontecido nos interrogatórios policiais e nos próprios do julgamento posterior [sic], a submissão a explorações médicas, o contato com o agressor na sala penal, relembrar constantemente a vivência graças aos meios de comunicação [...]." (RÁMILA, 2012, p.132).

Ao falarmos da vitimização secundária, especialmente no sistema processual penal brasileiro, precisamos também fazer menção ao processo sofrido pela vítima ao ter de relatar o episódio traumático em diversas oportunidades e para diversos indivíduos diferentes.

Se analisarmos, ainda que de forma superficial, entenderemos que a vítima inicia sua exposição à vitimização secundária ao momento que da entrada em um hospital para atendimentos primários, onde há necessidade de relatar o acontecido para médico ou enfermeira que venha a lhe prestar atendimento. Seguido pelo depoimento primário aos agentes policiais, havendo a possiblidade de repetição dos fatos posteriormente para autoridade policial, por consequência com abertura do processo, novamente a vítima poderá ser chamada para depor frente juiz e ministério público e, dependendo da ocasião, confrontar seu agressor (BRASIL, 1941).

Ainda, ao momento da prestação de seus depoimentos há a problemática do descrédito à narrativa da vítima, com perguntas desabonadoras como, histórico de seu passado, número de parceiros que já manteve, se consome bebidas alcoólicas, local em

que se encontrava ao momento do ataque, roupas que utilizava e como teria sido sua interação com o agressor (LOPEZ; MALHEIRO, 2023). Este direcionamento de perguntas tem a finalidade de levantar dúvidas sobre o testemunho da vítima, onde ao buscar por controvérsias, ocasiona-se o descrédito de seu testemunho (LOPEZ; MILHEIRO, 2023), como reforça Câmara (2008) ao dispor que:

> Na práxis constroem-se estereótipos que se adscrevem às vítimas de certos tipos de crime e, uma vez que a vítima concreta não preencha certas características peculiares ao clichê ou arquétipo-padrão, em lugar de ser apoiada, ouvida e de receber solidariedade e atenção [...], não apenas não é devidamente acolhida, como principalmente a vítima feminina em delitos relacionados com a autodeterminação sexual [...] não raro, é tratada como suspeita ou provocadora. (p. 84)

No mesmo sentido o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2017), indica que o sentimento percebido pela vítima é de tal forma complexo que, mesmo ao ser atendida em delegacias especializadas, centros de atendimento de saúde, ou receber suporte jurídico, permanece o sentimento de responsabilidade por, de alguma forma, ter encorajado o ato, o que pode-se dizer, também, ser proveniente da cultura do estupro, que vem sendo descrita como uma base da cultura brasileira com tendências a culpabilizar a vítima, causando-lhe constrangimento e sentimento de culpa por ato que não teve, em momento algum, sua concordância (CASTRO, 2021).

Apesar de tais problemáticas do sistema, o avanço da compreensão do conceito de vitimização secundária, promoveu algumas mudanças nos procedimentos tomadas pelo judiciário brasileiro, buscando a alteração deste complexo cenário, como a sanção da Lei n. 14.321 de 2022 (BRASIL, 2022), que tipifica a violência institucional dispondo que:

> Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:
> I - a situação de violência; ou
> II - outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização:
> Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

> § 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços).
> § 2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro."

Ainda, no intuito específico de proteção à vítima a lei n. 14.245 de novembro de 2021, que vem para "coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo." (BRASIL, 2021).

Apesar de leis claras e recentes que demonstram a compreensão sobre a problemática dentro da própria estrutura do judiciário, quanto as atitudes a serem tomadas para a proteção da vítima no decorrer do processo, Raul Osvaldo Torres (2007) também indica haverem atitudes básicas que devem ser tomadas para garantir o bem-estar da vítima ao momento de seu primeiro contato para exposição do trauma, como:

> 1. Evitar entrevistas prolongadas e com vários participantes;
> 2. procure garantir que o local e o espaço físico da entrevista sejam adequados e sem interrupções;
> 3. crie uma estrutura de privacidade e reparo para a vítima e que ela sinta isso. a entrevista é melhor feita sozinho, evite interrupções de funcionários entrando e saindo. Murmúrios e sons podem atrapalhar o diálogo;
> 4. impedir discussões dos funcionários envolvidos no caso na frente da vítima algo que relatado por ela;
> 5. Se o suposto agressor for detido, evite o confronto com a vítima, mesmo quando transitar por corredores, escritórios etc. (p. 355-356, tradução nossa)[3].

Interessante notar que tais ações, que seriam particularmente simples de serem aplicadas, teriam o poder de alterar por completo a dinâmica de colheita de testemunho da vítima, diminuindo a possibilidade de vitimização secundária, contudo, apesar da sanção de leis que visam a proteção da vítima, fica claro que medidas como as

[3] 1. Evitar las entrevistas com múltiples participantes y prolongadas; 2. Tratar de que el lugar y espacio físico de la entrevista sea el adecuado y sin interrupciones; 3. Crear um marco de privacidad y reparo para la víctima y que esta así lo sienta. La entrevista es mejor a solas, evitar irrupciones de funcionários entrando y saliendo. Murmullos y sonidos pueden entorpecer el diálogo; 4. Evitar que se produzcan discusiones de los funcionários involuvrados em el caso frente a la víctima por algo que relato; 5. Si el presunto aresor estuviere detenido, evitar la confrontación com la víctima, aun em traslados por passilos, oficinas, etc.

determinadas por Torres deveriam se tornar diretrizes normativas a serem aplicadas, e não uma atitude alternativa com base na empatia dos envolvidos com o caso.

Logo, ao analisar a possibilidade de tomadas de decisão e exposição da vítima, fica claro que questões de ordem psicológica/psiquiátrica devem ser levadas em consideração, pois a preservação da saúde física e mental daquela necessitam permanecer como primeira preocupação dos profissionais envolvidos.

4 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A VÍTIMA DE CRIME SEXUAL

Nesse momento, frente o exposto, surge a real problemática da situação, a exposição da vítima de crime sexual a seu agressor para tentativa de aplicação de Justiça Restaurativa. Isto porque quando pensamos que a Justiça Restaurativa tem sua base na reunião de vítima e ofensor, para exposição da situação do ponto de vista de cada uma das partes na busca de soluções para que o dano seja minimizado em seu máximo (TRINDADE, 2014), devemos nos lembrar de toda a problemática que realmente envolve a questão.

É inegável que determinados autores descrevem a justiça restaurativa como meio ímpar de resolução de conflitos de âmbito criminal, observando a prática como uma alteração de objeto, e para outros, até mesmo, como um meio de centralizar a vítima, colocando-a como foco da questão, como expões Zehr (2012):

> A Justiça restaurativa se preocupa em especial com as necessidades das vítimas de atos ilícitos, aquelas necessidades que não estão sendo adequadamente atendidas pelo sistema de justiça criminal. Não raro as vítimas se sentem ignoradas, negligenciadas ou até agredidas pelo processo penal. Isto acontece em parte devido à definição jurídica do crime, que não inclui a vítima. O crime é definido como ato cometido contra o Estado, e por isso o Estado toma o lugar da vítima no processo. (p.24)

Apesar de doutrinadores como Zehr, fica claro que a maioria dos autores vê a questão como uma oportunidade para o autor do crime compreender o impacto de seu ato, ou seja, novamente a vítima passa a ser esquecida dentro do sistema, o que pode ser percebido pelas palavras de Trindade ao dispor que “em vez de o autor ser simplesmente

punido através do sistema restritivo de liberdade de questionável eficiência, que seja oportunizado ao transgressor assumir socialmente sua atitude, e agir de forma consciente para reparar seu erro, mediante a adoção de compromissos concreto." (TRINDADE, 2014, p. 482).

Esta confusão de papéis transparece de forma ainda mais acentuada quando observamos as palavras de Campanário:

> A oportunidade de a vítima expor os seus sentimentos e percepção relativos ao dano sofrido, de fazer perguntas que compulsoriamente invadem seu quotidiano e de dizer do impacto que o trauma causou a si e/ou aos seus, tem sido aspectos entendidos como relevantes para uma atitude reflexiva e reparadora do agressor e para a restauração da vítima. A possibilidade de conhecer o impacto das suas acções e de eventualmente esclarecer que as consequências do seu acto transcenderam a sua intenção, bem como o reconhecimento do erro, podem igualmente actuar como diferencial para a instauração de uma etapa de melhor qualidade na história do infractor, assim como contribuir para o processo restaurativo de ambos, infractor e vítima (CAMPANÁRIO, 2013, p.123).

Fica claro que, ao possibilitar à vítima espaço para se expressar sobre seu trauma, na realidade se está pensando em como o autor receberá as informações e a forma como este pode almejar e promover uma mudança de suas atitudes no futuro, ou seja, tem-se uma falsa sensação de que a vítima esta no foco da problematização, o que, logicamente, possibilita que a atenção que deveria ser dispendida para esta não ocorra, pois, novamente, se está gravitando sobre o agressor.

Tendo sido exposta a problemática dos papéis das partes no processo da justiça restaurativa, é necessário, também, observar que a atual forma como o sistema é formulado o acompanhamento/preparo psicológico adequado não é efetivamente disponibilizado em qualquer das fases da aplicação do sistema da justiça restaurativa, o que proporciona mais uma exposição de uma vítima despreparada para reviver seus traumas, podendo comprometer ainda mais sua situação, já compreensivelmente delicada.

Sob um olhar humanístico e com real intuito de auxiliar e preparar a vítima para o impacto psicológico que pode ser causado nas reuniões proporcionadas no sistema de Justiça Restaurativa, caberia análise a programa criado nos Estados Unidos da América com foco específico para aplicação de justiça Restaurativa em casos de crimes sexuais, o

Victims Voices Heard. Neste programa, dá-se especial atenção para a vítima e suas necessidades no trajeto processual, propiciando-lhe o devido acompanhamento psicológico por longo período para devidamente prepará-la para o impacto do encontro com seu agressor (MCGLYNN, 2011).

Não se pode negar, de toda a forma, que há a possibilidade de surgirem situações e sentimentos positivos para a vítima ao encarar seu agressor e sentir-se segura para expor suas dores, como dispõe Miller (2011 apud MCGLYNN, 2011) ao sugerir que:

> [...] os diálogos devolveram às vítimas seu poder: a assimetria de poder presente durante o crime e o processamento do caso foi reconfigurada. Isso foi particularmente importante nos casos de violência de gênero onde vítimas 'buscaram empoderamento sobre pessoas e situações sobre as quais elas anteriormente não tinham poder' (p.828, tradução nossa).[4]

Assim, não se nega os possíveis benefícios, mas reforça-se as problemáticas de uma aplicação e exposição mal planejada.

No Brasil a possibilidade e o formato de aplicação de Justiça Restaurativa estão abarcados pela Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016), posteriormente alterada pela Resolução 300 de 2019 (CNJ, 2019) e 458 de 2022 (CNJ, 2022). Tais Resoluções, em especial a 225/2016 tratam única e exclusivamente do conceito raso da Justiça Restaurativa, indicando a necessidade de sua aplicação, implicando ainda que:

> as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro (CNJ, 2016).

[4] the dialogues gave victims back their power: the 'asymmetry of power that was present during the crime and the case processing was reconfigured'. This was particularly important in the cases of gendered violence where victims 'sought empowerment over people and situations over which they had previously had no power.

O texto retirado do art. 3º inciso III, da referida Resolução (CNJ, 2016), deixa claro que se busca a satisfação de "todos" os envolvidos, e da reconstituição do tecido social. Contudo, nenhuma dessas Resoluções sustenta a situação com foco exclusivo na vítima, ou de suas necessidades de suporte do ponto de vista psicológico/psiquiátrico.

Esta falta de especificação de leis, diretrizes, protocolos e normativas com finalidade de proteção da vítima, demonstra que, apesar de Resoluções acerca da temática, e uma aplicação positiva para algumas espécies de crimes contidas no Código Penal brasileiro, a delicadeza e peculiaridade dos casos de mulheres vítimas de agressão sexual expõe a necessidade de amadurecimento da questão pelo Brasil.

5 DISPOSIÇÕES FINAIS

Diante o exposto no presente artigo, é possível indicar que o Brasil, em sua atual estrutura, não está plenamente preparado para a aplicação da Justiça Restaurativa em casos de violência sexual, uma vez não sendo possível garantir que sua aplicação, em seus moldes puramente baseados em questões jurídicas, não promoverá a vitimização secundária.

Em sua essência, a justiça restaurativa poderá ser aplicada desde crimes de menor potencial ofensivo até crimes de alta complexidade, possibilitando a reunião voluntária entre partes que alimentam entre si a animosidade propiciada por ato cometido por um deles (ou ambos), permitindo que, por meio da exposição de sua visão do ocorrido, alcancem um ponto em comum sobre como a situação deve ser encaminhada para a justa penalização.

Contudo, frente a delicadeza do crime em tela é necessário compreender que se quaisquer bens juridicamente relevantes podem ser, em tese, ofendidos, a ofensa à dignidade sexual é aquele capaz de afrontar inúmeras esferas da individualidade da vítima, notadamente seu universo simbólico: daí a dimensão, frequentemente intensa e duradoura, do trauma.

Ainda, nunca será demais frisar que medidas conciliadoras como esta constituem manifestações de um determinado momento histórico, as quais, não necessariamente com

razão, pressupõem possível um estágio de pacificação social sem questionamento de estruturas sociais opressivas, que estão na raiz dos principais conflitos.

Nessa toada a Resolução do Conselho Nacional de Justiça número 225/2016 (CNJ, 2016), e suas alterações provenientes da Resolução 300 de 2019 (CNJ, 2019) e 458 de 2022 (CNJ, 2022), coordenaram a realização de diretrizes e protocolos que possibilitariam a aplicação dos princípios e finalidades da Justiça Restaurativa com primazia. Contudo, esta aplicação se faz destituída de proposito quando observadas apenas as bases jurídicas, pois ao não considerar toda extensão do dano causado pelo crime, e permitir-se observar a situação apenas como "partes" da Justiça Restaurativa (em seu intuito e finalidade) perde-se seu cerne, pois ignora os reais danos causados à vítima – e de modo indireto a sociedade – e seu papel como peça principal da problemática.

O que se torna claro é que, ao lidarmos com situações como a de violência sexual, não se lida apenas com um fato, mas sim com um trauma, que foge da ordem jurídica e assenta-se no âmbito psicológico e psiquiátrico de um indivíduo, podendo desdobrar-se em transtornos diversos, como transtorno de estresse pós-traumático, distúrbios alimentares, depressão e transtornos de ansiedade generalizada, ou seja, situação muito mais complexa do que a perda de um bem material ou mesmo dano físico, mas sim de fato que requisitará da vítima acompanhamento especializado por longos anos para que haja cicatrização dos danos de ordem mental.

Transparece-nos que, ao lidar com esta esfera situacional, e o avanço da compreensão das problemáticas, o sistema de justiça tem a responsabilidade de atualizar-se de acordo com as necessidades apresentadas, devendo espelhar-se em experiências como a do projeto norte Americano "Victims Voices Heard", que faz longo acompanhamento psicológico com a vítima para garantir que a exposição de sua figura frente ao agressor não gere uma piora de seu quadro emocional, uma vez que, nesses casos, até mesmo a vontade da vítima deve ser analisada para que o procedimento não lhe cause danos adicionais.

Sem esse esforço e avanço, a vitimização secundária torna-se uma realidade palpável para as vítimas, ou seja, apesar de, em algumas situações, haver o desejo de confrontar o agressor e expor seu trauma, em uma tentativa de minimizar o medo causado

pelo ato, a vítima se abre a complicações de cunho psicológico e psiquiátrico que poderiam ser manejados com a simples vontade das autoridades competentes em adequar o sistema.

O que torna a temática ainda mais complexa é a consciência de que crimes de caráter sexual são um problema em nossa sociedade, que alcançam preocupantes cifras, e que demonstram não apresentar uma resolução a curto prazo, uma vez que seus números apresentam aumento anual ou se permanecem estagnados, mas nunca diminuem.

Ainda mais, deve-se compreender que não há como construir uma estrutura voltada para a aplicação da Justiça Restaurativa quando os próprios profissionais envolvidos no sistema judiciário brasileiro (e até mesmo do sistema de saúde), que mantêm contato com a vítima, não apresentam preparo para lidar com a situação, promovendo a vitimização secundária por meio de questionamentos, posturas e acusações à vítima, que deveria sentir-se segura em meio de tais profissionais.

Assim, pode-se indicar que as determinações nas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça trazem a situação apenas pelo ponto de vista do direito, garantindo-o e permitindo sua aplicação, faltando uma observação mais acurada e completa do panorama geral da questão, acima de tudo, que há uma lacuna entre o que vem sendo aplicado e o que é necessário para que a estrutura da Justiça Restaurativa seja efeciente, uma vez que sua real finalidade acaba sendo deturpada pela indiferença do sistema em compreender a interdisciplinaridade da temática, o que termina por destituir a vítima de seu papel de protagonista e novamente a expõe aos danos da revitimização.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, D. S. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION - APA. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM-5. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BARLOW, D. H.; Durand, M. R. **Psicopatologia**: uma abordagem integrada. Tradução: R. Galman. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

BEZERRA, Juliana. **Toyotismo**. Disponível em: http://www.todamateria.com.br/toyotismo/. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Brasília: **Diário Oficial da União**, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 202. Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14245.htm. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.321, de 31 de março de 2022. Altera a lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, para tipificar o crime de violência institucional. Brasília: **Diário Oficial da União**, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14321.htm. Acesso em: 09 out. 2023.

CÂMARA, G. C. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAMPANÁRIO, M. S. N. A. **Mediação penal**: inserção de meios alternativos de resolução de conflito. Porto Alegre: Civitas, v. 13, n. 1. p.118-135, jan.-abr. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais, pilotando a justiça restaurativa: o papel do poder judiciário. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 225 de 31 de maio de 2016. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/compilado211103202206106 2a3b36793e56.pdf. Acesso em: 09 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 300 de 29 de novembro de 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original143216202001105e188af04a5d1.pdf. Acesso em: 09 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 459 de 6 de maio de 2022. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original173313202206106 2a380592b605.pdf. Acesso em: 09 out. 2023.

ELLWANGER, C. **Justiça restaurativa e o ensino jurídico**: a lente restaurativa na formação do agente pacificador. Jundiaí: Paco Editorial, 2019.

FILGUEIRA, E. B. F. **Justiça Restaurativa no sistema penal e processo penal como forma de concretização do estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. E-book.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2017. Disponível em: www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf. Acesso em: 21 mar. 2023.

GRECCO, A. et al. **Justiça restaurativa em ação**: práticas e reflexões. São Paulo: Dash, 2014. E-book.

HUSS, M. T. **Psicologia forense**: pesquisa, prática clínica e aplicações. Artmed: Porto Alegre, 2011.

IPEA- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Elucidando a prevalência de estupro no Brasil a partir de diferentes bases de dados. Brasília: Ipea, 2023.

LOPEZ, J. M.; MILHEIRO, T. C. **Crimes sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Almedina, 2023.

MCGLYNN, C. **Feminism, rape and the search for justice.** London: Oxford Journal of Legal Studies, v. 31, n. 4, p. 825-842, 2011. Disponível em: http://ojls.oxfordjournals.org/ Downloaded. Acesso em 31 de julho de 2023.

NUNES, A.O. **Poder Judiciário e mediação de conflitos**: a possibilidade da aplicação do sistema de múltiplas portas na prestação jurisdicional. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR. Fortaleza, p. 547, 2014.

OPAS. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (2012). **Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher: ação e produção de evidência**. Disponível em: https://iris.paho.org/handle/10665.2/3661. Acesso em: 18 mar. 2023.

RÁMILA, J. **Predadores humanos**: o obscuro universo dos assassinos em série. São Paulo: Madras, 2012.

SOUZA, F.B.C.D. et al. **Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual**. Reprod. Clim. 2012, v. 27(3), p. 98-103. DOI: https://doi.org/10.1016/j.recli.2013.03.002.

TORRE, R. O. **La victima del crimen**. Ciudadela: Dosyuna, 2007.

TRINDADE, J. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 7. ed. Porto Alegre: Ed. livraria do advogado, 2014.

ZEHR, H. **Justiça restaurativa**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2012.

AUTOCOMPOSIÇÃO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL DE UBERLÂNDIA

ROSA NETO, Fábio[1]
BUENO, Laura[2]
DO COUTO, Vinícius[3]

O presente artigo abordará os meios existentes de resolução de conflitos, com ênfase para aqueles autocompositivos, como instrumentos capazes de reforçar os ideais democráticos e evitar injustiças, a partir de uma mudança de pensamento da cultura do litígio à do diálogo inclusivo, tanto entre as instituições quanto com o povo. Tem-se como escopo tecer considerações acerca dos meios de resolução de conflitos existentes no âmbito da administração pública municipal, com o objetivo de observar os métodos habitualmente utilizados para resolução das controvérsias, bem como identificar se a aplicabilidade de meios alternativos para solução de conflitos possui respaldo normativo suficiente para legitimá-los. O tema mostra-se relevante em face da situação vivenciada no Poder Judiciário brasileiro, que vive momentos difíceis tanto pelo número de processos existentes quanto pelos novos distribuídos, sendo grande parte desta responsabilidade da própria Administração Pública que figura como o maior litigante no país e, muitas vezes, não possui meios que incentivam o diálogo para solucionar litígios em âmbito extrajudicial. Dessa forma, a partir da análise do caso concreto do Município de Uberlândia, levanta-se a legislação pertinente acerca do tema, buscando verificar em que medida os métodos alternativos de resolução de conflitos são regulamentados por este ente. Para cumprir a finalidade do proposto, esta pesquisa, que tem caráter exploratório, utiliza metodologia de abordagem indutiva com procedimento comparativo entre as leis federais e municipais, técnica da documentação indireta através de pesquisa

[1] Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia. Doutorando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Campus de Franca – Unesp. E-mail: rosanetofabio@gmail.com
[2] Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. E-mail: laurac_bueno@hotmail.com.
[3] Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduando em Direito do Consumidor pela Faculdade Legale Educacional. E-mail: viniciusrpcouto@hotmail.com

bibliográfica e documental e técnica de documentação direta por meio da análise de conteúdo.

Palavras-chaves: diálogo; autocomposição; municipalidade; democracia;

1 INTRODUÇÃO

Por muito tempo, e até hoje, tem-se utilizado a ideia de democracia a partir das doutrinas do contrato social que começaram a se desenvolver a partir do século XVI, passando a ganhar relevância no século XVII e XVIII com filósofos como Hobbes, Locke e Rousseau, com um pensamento em comum que a sociedade só poderia ser corretamente entendida se ela derivasse de um acordo entre os homens livremente consentidos, sem cláusulas prejudiciais a qualquer indivíduo (Ferreira Filho, 2014, p. 31-33).

A exemplo, extrai-se que para Rousseau (2002, p. 45) o povo é o detentor do poder político, enquanto os representantes são apenas seus comissários. Nesse sentido, Ferreira Filho (2014, p. 33) atribui a Rousseau a fonte de uma das interpretações de democracia, a qual reconhece como legítimo somente o governo da vontade geral, o governo democrático.

Sabe-se que as doutrinas do contrato social surgem com o objetivo de tutelar o povo em face dos abusos do Estado, contra imposição de vontades alheias às dos cidadãos ou da opressão de um grupo detentor do poder perante àqueles marginalizados.

Por outro lado, o Poder Legislativo, considerado como instituição democrática na concepção das doutrinas do contrato social, não é capaz de traduzir a verdadeira vontade do povo. Maioritariamente formado por um grupo elitista, muitas vezes, acaba cedendo aos seus caprichos pessoais e vota leis que estão distantes da realidade enfrentada e da necessidade da população (Gargarella, 2008).

De acordo com Duff (2001, apud Gargarella 2008, p. 91), existem grupos marginalizados e menos favorecidos na sociedade que enxergam a voz do direito como alienígena, isto é, que não lhes é aplicada e não os representam.

É certo que o Poder Judiciário fica incumbente de assegurar a tutela da dignidade humana, dos princípios e direitos fundamentais e a inocorrência de abusos do Poder Legislativo por meio de seus atos de controle de constitucionalidade, mas será que esse seria o melhor caminho?

Por sua vez, Gargarella (2006, p. 28), em uma crítica à supremacia judicial como se tem hoje, aponta o Poder Judiciário como o ramo menos democrático do governo. Isso se dá, principalmente, pela ausência de diálogo entre as Cortes Supremas e o povo, que será afetado por aquela decisão, ou entre seus representantes.

É nesse sentido que caminham as teorias do diálogo, como a teoria do constitucionalismo dialógico e da democracia deliberativa. Autores que se filiam a essa corrente, como Gargarella, defendem a necessidade de participação inclusiva do povo no processo deliberativo, na criação de normas, na tomada de decisões, bem como no diálogo entre as instituições democráticas diante do sistema tradicional de freios e contrapesos, que hoje parece desbalanceado em face da supremacia judicial.

Para Gargarella (2006, p. 30), o diálogo possui tanta importância que reconhece a necessidade de reorganização de todo o sistema institucional para estabelecê-lo genuinamente de maneira equitativa entre os diversos ramos do governo e a população.

Nesse mesmo sentido, Habermas, responsável pela teoria do discurso, recorre a um modelo de amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso e prevalece a força do melhor argumento (Godoy, 2011, p. 59).

A preocupação com o diálogo está intimamente ligada ao sentido de democracia desde as doutrinas do contrato social do povo como detentor do poder político, capaz de se autodeterminar buscando a harmonia nas relações sociais. Em outras palavras, é por meio dele que a sociedade democrática deve se organizar.

Em contrapartida, é certo que o Poder Judiciário possui papel fundamental na solução de litígios, na tutela da dignidade humana, na defesa do Texto Constitucional e na democracia, porém, não parece razoável que o próprio povo, detentor do poder, escolha um terceiro para solucionar conflitos e impor a vontade de maneira unilateral quando possível fazê-lo de uma maneira menos prejudicial, pelo diálogo e pela autocomposição.

Dessa maneira, percebe-se um paradoxo envolvendo a própria ideia inicial de um governo democrático a partir do acordo entre os homens livremente consentidos, qual seja, a ausência de representatividade da vontade do povo no Poder Legislativo e a imposição de vontade pelo Estado, na forma de Poder Judiciário, composto por juízes não eleitos.

Para solução desse paradoxo, ao menos de forma parcial, propõe-se a institucionalização de procedimentos que permitam de maneira efetiva a autocomposição e a preferência por sua utilização, o que corrobora para justificar a presente pesquisa.

Importa lembrar que, para a efetividade da autocomposição e a solução pacífica de conflitos, é necessário que o Poder Público resguarde a ordem democrática, tutelando o diálogo inclusivo e participativo de todos os grupos sociais, até mesmo daqueles marginalizados à

sociedade e ao direito, conforme reconhecido por Bobbio (2004, p.7), que afirma que "sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos".

2 OS CONFLITOS ADMINISTRATIVOS E AS FORMAS HABITUAIS DE SOLUÇÃO

Os conflitos humanos propriamente ditos existem desde os primórdios da humanidade, podendo ser reconhecidos em uma simples situação em que dois ou mais indivíduos possuem interesses que se mostram impossíveis de efetivar sem que haja abdicação de uma ou ambas as partes.

Geralmente, o termo conflito está atrelado a um significado negativo, presumindo-se briga e resistência entre as partes envolvidas, porém, não só assim deve ser reconhecido. Conforme lembra Bobbio (2004, p.59), Kant reconhecia que o conflito era a "mola do progresso", e não a calmaria.

Nos últimos 500 anos, "a população humana aumentou 14 vezes; a produção, 240 vezes; e o consumo de energia, 115 vezes." (Harari, 2020, p.333). Assim, o aumento das relações pessoais ocasionado pela globalização reflete proporcionalmente no número de conflitos, enquanto um fenômeno natural da interação entre os indivíduos, que consequentemente, quando não resolvidos pelos meios adequados, acabam contribuindo para a situação caótica do abarrotamento de demandas no Poder Judiciário.

Aliado ao pensamento de que os conflitos são essenciais para a evolução da sociedade, a teoria moderna do conflito demonstra que "a partir do momento em que se percebe o conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos é possível se perceber o conflito de forma positiva." (CNJ, 2015, p.45).

O relatório anual Justiça em Números do CNJ de 2019 informou que, no final do ano de 2018, ainda restavam 78.691.031 ações pendentes, representando uma queda de 1,2% em relação ao ano anterior.

Apesar de representar a primeira queda em número de processos pendentes registrada pelo relatório anual do CNJ, o número de processos que necessitam ser julgados ainda é assustador, causando consequências gravíssimas como a morosidade da tutela jurisdicional, que pode até deixar de ser efetiva em algumas situações.

É possível atribuir grande parcela da culpa do excesso de processos no Poder Judiciário à própria Administração Pública que, em suas três esferas, ocupa o primeiro lugar entre os maiores litigantes do Brasil, figurando como parte em 22,77% do total de processos ajuizados entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011, sendo que somente a administração pública municipal figura no ranking total em terceiro lugar, com 6,88% do total de processos, conforme relatório divulgado pelo CNJ (2012) acerca dos 100 maiores litigantes.

Dentre as demandas que são instauradas perante o Poder Judiciário envolvendo a administração pública, muitas delas envolvem a reanálise de decisões administrativas, até mesmo porque o Poder Judiciário exige, em alguns casos, a negativa administrativa, ou seja, para a parte demonstrar o interesse de agir judicialmente é necessária a comprovação de tentativa da solução da pretensão na via administrativa.

Dito isso, a aplicação de métodos alternativos na resolução de conflitos possui papel fundamental para auxiliar e dirimir o problema enfrentado pelo Poder Judiciário, devendo ser aplicados também na esfera administrativa – como será visto adiante –, uma vez que o maior litigante é a própria Administração Pública e que a grande maioria dos litígios poderiam ser resolvidos pelos meios adequados.

Nesse sentido, sabendo que a maioria das demandas judiciais que envolvem a Administração Pública já foram tratadas na esfera administrativa, é necessário conhecer os métodos utilizados pelos entes públicos na solução de litígios, bem como os meios existentes de solução de litígios.

2.1 Autotutela na Administração Pública

Geralmente, a autotutela dos direitos é proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, imputando, inclusive, o crime de exercício irregular das próprias razões constante no artigo 345 do Código Penal a quem faz justiça com as próprias mãos, ainda que seja para tutelar direitos legítimos, tendo como exceção a essa regra as hipóteses permitidas em lei.

No Brasil, a satisfação dos conflitos por meio do instituto da autotutela é autorizada somente em situações excepcionais, podendo ser citado, como exemplo, o exercício da legítima defesa prevista no artigo 25 do Código Penal e o direito de greve previsto no artigo 9º da Constituição Federal, que permite que o trabalhador defenda seus interesses por meio do uso deste instrumento.

Por outro lado, é necessário destacar que não se pode confundir a autotutela de direitos, onde há a imposição da vontade de uma parte em face de outra (exemplos supracitados) com a autotutela dos atos administrativos trazidos pela súmula nº 473 do STF que reconhece que:

> A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (STF, 1969).

Constata-se que a revogação por motivo de conveniência ou oportunidade deve respeitar o direito adquirido, diferentemente dos atos ilegais que já podem ser anulados de plano. Por esta razão, é necessário oportunizar o contraditório por meio de processo administrativo quando a revogação modificar direito de outrem, conforme dispôs a Tese de Repercussão Geral, Tema 138.

Não obstante, no âmbito administrativo, Di Pietro reconhece outro meio de autotutela, qual seja, aquela permitida quando a Administração Pública repele o risco ao patrimônio público:

> Também se fala em autotutela para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário. Ela pode, por meio de medidas de polícia administrativa, impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação desses bens (Di Pietro, 2017, p. 109)

Para evitar que a lei do mais forte e as injustiças prevaleçam, fez-se necessário o monopólio do Poder Judiciário para solução de litígios que necessitem da imposição de uma decisão "justa" para as partes, porém, observada a crítica de Gargarella já citada, isso não quer dizer que o melhor seja a imposição da vontade do Poder Judiciário para todos os conflitos existentes.

2.2 Heterocomposição na Administração Pública

Nas palavras de Scavone Junior (2018, p. 24), a "heterocomposição é a solução do conflito pela atuação de um terceiro dotado de poder para impor, por sentença, a norma aplicável ao caso que lhe é apresentado.".

Os métodos de heterocomposição existentes hoje no Brasil são: a) a Jurisdição Estatal; b) a arbitragem, criada por meio da Lei Federal nº 9.307 de 23 de setembro de 1996.

A lei que institui a arbitragem deixa claro que qualquer pessoa capaz de contratar pode optar por esse método de resolução de litígios, desde que vise dirimir apenas direitos

patrimoniais disponíveis, podendo submeter a demanda ao juízo arbitral por meio do denominado compromisso arbitral ou cláusula compromissória.

Ainda, importante salientar que a execução ou cumprimento da sentença arbitral não pode ser realizada pelos árbitros ou pelo tribunal arbitral, uma vez que a coerção para cumprimento da medida ainda é monopólio do Poder Judiciário. Por outro lado, por mais que existam, na Lei Federal nº 9.937 de 1996, previsões acerca da utilização do Poder Judiciário nos casos de descumprimentos da própria lei, quando se pensa em arbitragem convencionada, por sua essência, conclui-se pelo desinteresse das partes em litigar perante o órgão judiciário.

Apesar da arbitragem ser um método heterocompositivo, com a imposição de uma sentença arbitral proferida por terceiro, é possível perceber que em diversos dispositivos a lei refere-se ao acordo das partes, como, por exemplo, a escolha dos árbitros (Art. 13 §3º) e a possibilidade de autocomposição em qualquer momento durante o decurso da arbitragem (Art. 28). Ademais, importante observar que a própria cláusula de compromisso arbitral, assumida em momento anterior, foi fruto do acordo entre as partes.

Deve ser lembrado que a Lei da Mediação (13.140/2015), em seu artigo 16, trouxe a previsão de que as partes podem a qualquer tempo, mesmo com processo arbitral em curso, submeter-se à mediação, hipótese em que deverão requerer ao árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

No âmbito da Administração Pública, convém observar que a possibilidade de utilização da arbitragem surgiu com o advento da Lei Federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a Lei 9.937/1996, restringindo também seu alcance aos direitos patrimoniais disponíveis e instituindo regras de direito administrativo, como, por exemplo, a necessidade do respeito ao princípio da publicidade estampado no artigo 2º, § 3º da Lei 9.937 de 1996.

Importante destacar que, embora a legislação que instituiu a possibilidade de a Administração Pública valer-se de a arbitragem para solução de litígios ter sido criada em 2015, em momento anterior a União utilizou este meio heterocompositivo que fora estabelecido pelo Decreto-lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946. A legalidade quanto à participação da Administração Pública em procedimento arbitral foi apreciada pelo STF, que reconheceu a possibilidade, ficando o precedente reconhecido como Caso Lage.

Conforme se verifica do Anuário da Arbitragem no Brasil (2018), houve no ano de 2017 um aumento significativo do número de procedimentos, sendo que das “919 arbitragens

em andamento com elementos de conexão com a jurisdição brasileira ou envolvendo partes brasileiras (...) 94 procedimentos arbitrais envolveram ou envolvem entes da administração pública.".

Apesar dos números parecerem baixos, os dados demonstram que, de todos os processos arbitrais em trâmite que envolviam a jurisdição ou partes brasileiras, aproximadamente 10,23% envolvem ou envolveram a Administração Pública, comprovando a significativa utilização deste meio heterocompositivo para solução de litígios.

2.3 Autocomposição e a indisponibilidade de interesse público.

A autocomposição, assim como a autotutela, é um método de resolução de conflitos antigo, natural e presente nas próprias relações humanas, sendo o método mais benéfico para as partes, uma vez que não existe a imposição da vontade de um terceiro estranho ao conflito.

Podem ser reconhecidos como métodos autocompositivos no direito brasileiro, a conciliação, a mediação e a transação:

> A conciliação, a mediação e a transação espelham autocomposição, o que se afirma na exata medida em que o mediador e o conciliador se restringem a, respectivamente, orientar as partes e sugerir a solução do conflito, de tal sorte que não podem, como faz o juiz ou o árbitro, impor qualquer decisão. (Scavone Junior, 2018, p. 24 e 25):

A promoção da autocomposição como forma adequada de resolução de conflitos e como política pública judicial no Brasil possui marco normativo instituído em 2010 por meio da Resolução nº 125 de 29 de novembro 2010 do CNJ, a partir da qual, posteriormente, adveio o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), e, meses depois, a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015).

A partir do reconhecimento, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da importância e dos benefícios dos métodos autocompositivos, diversos outros instrumentos normativos foram criados, podendo ser citado como exemplo o Provimento nº 67 de 26/03/2018 da Corregedoria do CNJ, posteriormente revogado pelo Provimento nº 149 de 30/08/2023, que dispõem sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Nota-se que em ambos provimentos, a instituição dos procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro é facultativa, o que prejudica a efetividade desta política.

No âmbito da Administração Pública, é importante salientar que tanto o Código de Processo Civil (CPC) como a Lei da Mediação positivaram essa possibilidade da utilização dos métodos de resolução de conflitos. Na verdade, o CPC de 2015 trouxe a obrigatoriedade da criação das câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos, em todas as esferas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Apesar da positivação da possibilidade da utilização dos meios autocompositivos pela Administração Pública, bem como da obrigatoriedade de criação de câmaras de mediação e conciliação, nem todos os direitos podem ser objetos desses métodos de resolução de conflitos, mas apenas aqueles disponíveis ou os indisponíveis que admitam transação, sendo que, para esses últimos, o consenso deve ser homologado em juízo após a oitiva do Ministério Público, conforme previsão do artigo 3º, § 2º da Lei nº 13.140/2015.

Em primeiro momento, devido ao princípio da indisponibilidade do interesse público, poderia até se pensar na existência de um óbice à utilização dos métodos autocompositivos pelos entes federativos, porém esse princípio não pode ser evocado como barreira para o emprego dos meios de solução pacífica de conflitos, que também possuem respaldo na legalidade.

Com efeito, o interesse público pode ser classificado como primário e secundário, sendo que aquele é o objetivo que a Administração almeja alcançar para atender as necessidades sociais, enquanto esse é o instrumento necessário para a efetivação do primeiro (Meirelles, 2016 p. 284).

Dessa maneira, a efetiva concretização do interesse público primário não depende da vontade do administrador ou do Estado, mas sim da coletividade.

> (...) percebe-se que a razão de ser do Estado Moderno é o homem – ao menos no Ocidente. O Estado é concebido não mais em razão da divindade, mas em função da coletividade. Assim, podemos dizer, parodiando Luis XIV, que "o Estado somos nós". (Volpi, 2011, p. 148):

Na verdade, esse pensamento é aquele mesmo já tecido a partir da concepção de democracia de Rousseau, de que o Estado só existe para fazer valer a vontade do povo, devendo o direito atender os anseios de toda sociedade e não apenas de grupos determinados, não existindo maneira mais adequada do que o diálogo inclusivo.

Nessa seara, não se deve deixar de citar trecho da ementa de importante precedente judicial que versa a respeito da indisponibilidade do interesse público no julgamento do RE 253885/MG, em que o município recorrente alegou ofensa ao artigo 37 da Constituição Federal,

sob o argumento de que a atividade administrativa estaria adstrita ao princípio da legalidade, e por não existir lei que autorizava a transação, ela não poderia ter ocorrido, argumento que não prosperou, porque o Supremo Tribunal Federal reconheceu que:

> Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. é, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tendo disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse (BRASIL, 2002).

Por essas razões, é possível afirmar que transigir não significa abrir mão do interesse público, muito pelo contrário, existem situações em que a autocomposição se mostra até mesmo mais benéfica ao erário, sem contar os benefícios de uma decisão escolhida pelas partes e não imposta pelo Poder Judiciário.

3 CÂMARAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A utilização dos meios autocompositivos para solução de litígios foi gradativamente positivada no ordenamento jurídico, até que, em 2015, o artigo 174 do CPC trouxe a obrigação de criação das câmaras de mediação e conciliação pelos Entes Federados com atribuições para dirimir conflitos no âmbito administrativo.

Posteriormente, a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) entrou em vigor e trouxe novamente em seu artigo 32 a previsão da criação pelos entes federados das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, porém, diferente do CPC, não trouxe a obrigatoriedade, mas a possibilidade.

Ainda que o CPC/2015 já tenha feito menção em seu artigo 167[4], a Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do CNJ passou a prever em seu texto, após o advento da Emenda nº 2, de 08 de março de 2016, a Seção III-B, regulamentando as câmaras privadas de conciliação e mediação, cujo surgimento será tratado adiante.

[4] Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

3.1 O surgimento das câmaras de mediação e conciliação.

Embora grande parte da legislação acerca das câmaras de mediação e conciliação tenha sido criada a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2015, deve-se apontar que em 2007 foi instituída a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), por meio do Ato Regimental nº 5 da Advocacia Geral da União (AGU).

Assim, apesar da AGU visionariamente ter criado a CCAF em 2007, a função de promover a conciliação só foi incorporada por meio do Ato Regimental nº 02, de 9 de abril de 2009, ainda se distinguindo muito das câmaras de mediação e conciliação propostas pelo CPC/2015 e pela Lei nº 13.140/2015, uma vez que somente Órgãos Públicos da Administração Direta e Indireta das esferas federal, estadual ou municipal podem solucionar seus conflitos perante a câmara.

Inobstante, somente após o mandamento trazido pelo CPC de 2015 que começaram a surgir as primeiras câmaras de mediação e conciliação de conflitos no âmbito da Administração Municipal, podendo ser citado como exemplo o Decreto Municipal da cidade de São Paulo nº 57.263 do ano de 2016, que criou a Câmara de Solução de Conflitos da Administração Municipal, vinculada à Coordenadoria Geral do Consultivo.

Quanto a essa câmara, deve-se apontar que não possuía, no momento de sua criação, competência para solucionar conflitos entre particulares e Administração Pública Municipal, conforme é possível observar dos artigos 1º e 2º da Portaria da Procuradoria Geral do Município (PGM) nº 26 de 22 de novembro de 2016 em seu texto original, que regulamenta o Decreto Municipal[5]. Lado outro, somente no ano de 2013 é que a norma foi alterada (Portaria PGM nº 118/2023), de forma a admitir a composição de conflitos entre a Administração Pública direta e indireta de São Paulo nas controvérsias envolvendo contratações públicas com particulares.

Por sua vez, em 18 de outubro de 2018, criou-se no município de Araguari a Câmara Municipal de Mediação e Conciliação Administrativa visando a solução consensual de conflitos no âmbito da Administração Pública Municipal. Diferentemente da Câmara de Solução de

[5] Art. 1º - A Câmara de Solução de Conflitos da Administração Municipal constitui órgão integrante da Procuradoria Geral do Município, vinculado à Coordenadoria Geral do Consultivo, ao qual compete dirimir conflitos entre órgãos ou entidades da Administração Pública municipal direta e indireta, de direito público ou privado, por meios consensuais. Art. 2º - A Câmara de Solução de Conflitos da Administração Municipal somente atuará após pedido de solução consensual do conflito, por meios autocompositivos, formulado por qualquer dos interessados mencionados no artigo 1º, e obedecerá ao seguinte procedimento (...).

Conflitos de São Paulo, a Lei Ordinária Municipal de Araguari trouxe, desde o momento de sua criação, a atribuição para solucionar conflitos entre particulares e a Administração Pública[6].

3.2 Atribuições das câmaras de mediação e de conciliação no âmbito administrativo.

O Código de Processo Civil vigente trouxe atribuições das câmaras de mediação e conciliação relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, sendo elas: dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos por meio de conciliação e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Nesse mesmo sentido, a Lei nº 13.140/2015 dedicou a seção I do capítulo II para tratar da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, bem como das atribuições das câmaras de mediação e conciliação no âmbito administrativo, porém, diferente do CPC de 2015, trouxe a possibilidade de composição nos conflitos envolvendo particulares.[7]

Nota-se que a atribuição principal é a implementação de meios autocompositivos para a solução de conflitos no âmbito da Administração Pública, sendo que os meios para a concretização deste objetivo ficam a cargo de cada ente ou órgão[8] dentro de sua autonomia.

3.3 Entraves e benefícios na implementação das câmaras de mediação e conciliação na Administração Pública

Grande parte da dificuldade encontrada na implementação das câmaras de mediação e conciliação, bem como sua efetiva atuação na busca pela solução pacífica dos conflitos, repousa na cultura do litígio entranhada nos brasileiros que, para Roberto Portugal Bacellar (2012, p. 84), é "a cultura da guerra, da adversidade, e as pessoas, como vimos, preferem buscar o Poder Judiciário a tentar diretamente resolver seus litígios.".

---

[6] Art. 5º São atribuições da Câmara de Mediação e Conciliação Administrativa do Município de Araguari: IV - solucionar conflitos envolvendo a Administração Pública Municipal e particulares; V - promover acordos e conciliações entre a Administração Pública Municipal e os particulares, desde que referentes a direitos disponíveis;

[7] Art. 32, II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

[8] Art. 32 § 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

Ato contínuo, Roberto Portugal Bacellar (2012, p. 85) reconhece que "Os próprios advogados e magistrados, em sua maioria, valorizam mais a atuação adversarial do que a atuação consensual. Por seus pares também são mais valorizados quando atuam de forma contenciosa.".

Ademais, é a própria cultura do litígio aliada ao pensamento conservador e à falta de informação que influencia a ausência de interesse dos administradores em implementar sistemas de autocomposição de conflitos no âmbito de suas competências.

Ao utilizar-se desse pensamento conservador, fatores como a morosidade na solução do litígio, custo para manutenção do processo, probabilidade de insucesso e consequente condenação da fazenda pública ao pagamento de honorários de sucumbência, por exemplo, são esquecidos pelos gestores.

A título de exemplo, devem ser observados os processos de execução fiscal de competência municipal, que se mostram, muitas vezes, um meio inadequado para o alcance do objetivo almejado pela Administração Municipal (o interesse público), uma vez que seu custo médio chega a superar R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) por processo, e de forma irresponsável existem municípios que ingressam com execuções fiscais judiciais de Certidões de Dívida Ativa (CDAs) de R$17,00 (dezessete reais), sabendo que a chance de sucesso é mínima e o tempo de duração da demanda é excessivo (LANÇA, 2017, p. 98).

Em consonância com o exemplo citado por Daniel Lança, percebeu-se que o Município de Uberlândia promulgou a Lei Ordinária nº 12.654 de 2017, que dispõe sobre a cobrança administrativa dos débitos inscritos no município, prevendo hipótese em que a Procuradoria Geral do Município autoriza a desistência de execuções fiscais cujo crédito exequendo seja igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), e também a suspensão de execuções fiscais cujo valor atualizado compreenda quantia acima de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e abaixo R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Em um segundo momento, percebeu-se outra dificuldade na implementação dos meios alternativos à litigância judicial, conforme reconhecido por Daniel Lança (2017, p. 99) de que "muitos prefeitos ainda têm receios em inovar em relação ao modelo tradicional". Uma das complexidades diz respeito à questão da renúncia de receitas como fato gerador de uma improbidade administrativa.

Sobre esse ponto, deve-se refletir que o método utilizado para a solução do litígio não está diretamente ligado à renúncia de direitos indisponíveis, o que levaria a responsabilização do gestor público. A preocupação de inovar, fugir ao tradicional, está intimamente ligada ao medo do gestor público.

Lembre-se que ao menos duas situações diferentes podem ocorrer em um procedimento heterocompositivo, quais sejam, uma parte ganha e a outra perde, ou as duas partes perdem. Lado outro, os meios autocompositivos de solução de litígios são capazes de gerar uma situação de benefício mútuo ao final.

Imagine-se a situação hipotética de que uma pessoa distribui um requerimento administrativo almejando o recebimento de indenização no valor de R$ 5.000.00 (cinco mil reais) por um dano ocasionado pelo município contra sua integridade física. Pense que a jurisprudência já está consolidada quanto à matéria, e que a probabilidade de sucesso na demanda por parte do município seja ínfima. Diante desta situação, pergunta-se: o ato de conduzir um processo judicial oneroso, moroso e com pequena expectativa de sucesso, possui respaldo no princípio da indisponibilidade do interesse público?

Certamente a maioria das pessoas responderia de maneira negativa o questionamento acima, pensando ainda que a judicialização do conflito seria uma conduta irresponsável e que, inclusive, feriria o interesse público.

A eficácia dos meios autocompositivos para solução de litígios facilmente pode ser identificada quando observados os últimos dados acerca dos resultados dos mutirões de conciliação coordenados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2019: de 321.095 audiências autocompositivas realizadas, foram celebrados 148.086 acordos. Ou seja, a taxa de sucesso foi de 46.12%.

Em que pese o mutirão de conciliação ter sido organizado no âmbito dos tribunais judiciais, o resultado demonstra que várias demandas poderiam ter sido evitadas se estivessem disponíveis para a população meios adequados para solução de litígios.

Por essas razões, sabendo que a Administração Pública é o maior litigante judicial e tendo conhecimento da onerosidade da manutenção de um processo judicial pelo seu tempo de duração em comparação aos procedimentos autocompositivos, evidente é a necessidade de criação das câmaras de mediação e conciliação em todas as esferas administrativas como

instrumento pacífico e benéfico de solução de litígios, tanto para a sociedade quanto pela própria Administração.

4 A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIOS ALTERNATIVOS NO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA

Por meio de pesquisa à legislação municipal de Uberlândia, buscou-se identificar, primeiramente, quais os métodos de resolução de conflitos são instituídos pelo município para solucionar suas pretensões em sentido amplo, tanto em relação àqueles conflitos envolvendo as entidades administrativas, quanto entre Administração e particular.

Em um segundo momento, pretendeu-se elencar as previsões legislativas e hipóteses de aplicação de métodos autocompositivos na solução de litígios que envolvam a Administração Pública Municipal de Uberlândia, que é o que se passa a analisar.

4.1 Os métodos de resolução de conflitos adotados pelo Município de Uberlândia antes de 2023.

A Lei Municipal nº 8.814, de 30 de agosto de 2004, que rege os processos administrativos no Município de Uberlândia, não prevê a possibilidade de resolução de conflitos, senão por meio do processo administrativo em si. Não existem mecanismos autocompositivos como mediação ou conciliação, o que não produz nenhuma surpresa se for considerado que a referida lei foi editada em 2004, razão pela qual não pode mais ser considerada como atual, observadas as mudanças legislativas importantes que ocorreram a partir do ano de 2010 no tocante à resolução de conflitos.

Ainda, editado sob a cultura do litígio, o Decreto Municipal nº 10.882 de 1º de outubro de 2007, que dispõe sobre o uso e a circulação de veículos oficiais do poder executivo, bem como da frota terceirizada ou locada, prevê expressamente em seu artigo 16 que, em acidentes que resultarem danos a terceiros, somente poderão ser indenizados pelo Município após o trânsito em julgado da decisão judicial que condenar a Fazenda Municipal.

Assim, conforme demonstrado ao longo do trabalho, o tratamento da autocomposição como melhor forma de resolução de conflitos, bem como política pública judicial no Brasil, surgiu em 2010 por meio da Resolução nº 125 do CNJ, com grandes previsões em 2015 tanto pelo Código de Processo Civil quanto pela edição da Lei de Mediação, ao passo que a Lei

Municipal nº 8.814 de 2004 e o Decreto Municipal nº 10.882 de 2007 não acompanharam a evolução em matéria de métodos adequados de resolução de conflitos.

Nesse mesmo sentido, a Lei Complementar nº 40 de 1992 (Estatuto do Servidor Público) faz previsão quanto à hipótese de perda do cargo por meio de processo administrativo que seja assegurado o contraditório. Por sua vez, a sindicância é considerada peça preliminar informativa do processo administrativo disciplinar, sigilosa e na qual não é assegurado o contraditório do servidor, inexistindo qualquer previsão de mecanismos alternativos para solução dos litígios nesse diploma.

No Município de Uberlândia, o Núcleo de Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar - PAD passou a ser competência da Secretaria Municipal de Administração com o advento da Lei Municipal nº 12.618, de 17 de janeiro de 2017, porém, ainda que tal instrumento normativo tenha sido editado em momento posterior ao advento das legislações que incentivaram e até mesmo obrigaram a adoção e instituição de mecanismos autocompositivos para resolução de conflitos, também deixou de acrescentar essa função dentre as competências do coordenador do Núcleo de PAD trazidas em seu artigo 75.

Ainda, o Decreto nº 18.198, de 1º de agosto de 2019, que dispõe sobre o procedimento de apuração e aplicação de penalidades nos âmbitos licitatório e contratual e institui o cadastro de fornecedores impedidos de licitar e de contratar com o Município de Uberlândia - CADUDI, também não trouxe previsão expressa quanto à possibilidade de utilização de métodos autocompositivos para a solução de litígios.

Portanto, mediante a análise da legislação exposta acima, infere-se que o Município de Uberlândia não trouxe previsão expressa e clara quanto à possibilidade de utilização dos métodos autocompositivos para solução de litígios antes do ano de 2023, embora tenham sido feitas alterações legislativas posteriores ao advento do CPC de 2015 e da Lei da Mediação.

4.2 A autocomposição no âmbito do Município de Uberlândia e as importantes alterações no ano de 2023

Apesar da ausência de previsão de métodos autocompositivos em algumas legislações do Município de Uberlândia até o ano de 2023, percebeu-se a existência de alguns dispositivos esparsos que, de alguma forma, previam mecanismos e funções que permitissem sua utilização.

Por meio da análise da Portaria nº 43.173, de 19 de janeiro de 2018, que dispõe sobre os procedimentos adotados pelos advogados municipais, fazendo menção a entrada em vigor

do CPC de 2015, percebeu-se que em seu capítulo III foram regulamentadas as hipóteses em que o advogado público poderia celebrar acordos judiciais, desde que preenchidos cumulativamente os requisitos legais.

O primeiro requisito é que o acordo não poderá ultrapassar o teto de 10 salários-mínimos vigentes. O segundo é um rol de hipóteses que deverão ocorrer cumulativa ou separadamente, quais sejam: inexistência de probabilidade de êxito da tese do Município, prejuízo à estratégia de atuação específica para a tese discutida, onerosidade da tramitação do feito ao erário público e risco de majoração substancial em decorrência de sucumbência recursal ao município, prevista no art. 85, §§ 1º e 11 do CPC.

Outro exemplo é a Lei Complementar Municipal nº 670 de 2 de maio de 2019, que dispõe sobre o programa de regularização de núcleos urbanos irregulares - PROURBI no Município de Uberlândia e seus distritos, e prevê tanto a utilização da mediação quanto a arbitragem para solução de litígios extrajudicialmente[9], fazendo menção quanto a necessidade de observância da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

Nesse sentido, o Decreto nº 18.602, de 30 de abril de 2020[10], que regulamenta esse procedimento de regularização de núcleos urbanos informais no Município de Uberlândia e seus distritos, também fez menção expressa prevendo a obrigatoriedade de se instaurar procedimento administrativo de solução, mediação e composição de conflitos em caso de impugnação nos processos de regularização de núcleos urbanos informais.

Ademais, a Lei Complementar Municipal nº 662, de 8 de abril de 2019, que alterou a Lei Municipal nº 11.966 de 29 de setembro de 2014, que "dispõe sobre o plano de carreira dos servidores públicos da administração direta do Município de Uberlândia", trouxe dentre as atribuições do cargo de economista a de "exercer mediação, perícia e arbitragem".

---

[9] Art. 10º Na hipótese de apresentação de impugnação, poderá ser adotado procedimento extrajudicial de composição de conflitos. § 3º A mediação observará o disposto na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, facultando-se ao poder público promover a alteração do auto de demarcação urbanística ou adotar qualquer outra medida que possa afastar a oposição do proprietário ou dos confrontantes à regularização da área ocupada. § 4º Caso não se obtenha acordo na etapa de mediação, fica facultado o emprego da arbitragem.

[10] Art. 8º O Município poderá realizar a notificação dos interessados para obtenção da concordância nos processos de Regularização de Núcleos Urbanos Informais, mediante: § 2º O procedimento de notificação dos interessados e obtenção da concordância no processo administrativo para fins de regularização de núcleos urbanos informais deverá ser formalizado observando as seguintes etapas: IV - procedimento administrativo de solução, mediação e composição de conflitos, em caso de impugnação;

Ainda, na seara do processo administrativo consumerista no âmbito da Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor, a Lei Complementar nº 628 de 4 de dezembro de 2017, do Município de Uberlândia, trouxe em seu artigo 5º uma das previsões mais importantes e representativas em matéria de aplicação de métodos autocompositivos na esfera administrativa, que incentiva a promoção de conciliação entre consumidores e fornecedores sempre que a Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor entender possível.

Cabe ressaltar que, nesse ponto, a Administração Pública não participa efetivamente, enquanto parte, no processo de autocomposição, mas apenas na figura de mediador e de conciliador.

É certo que, apesar de não existir previsão na legislação que rege os processos e procedimentos administrativos de mecanismos claros e efetivos de autocomposição, as hipóteses elencadas que foram editadas em momento posterior à entrada em vigor do CPC de 2015 e da Lei de Mediações, até o ano de 2023, demonstraram uma pequena evolução da legislação em matéria de autocomposição.

No sentido contrário à pequena evolução legislativa percebida, o Decreto Municipal nº 20.157 de 1º de fevereiro de 2023, editado para regulamentar a aplicação da Lei Federal nº 14.133 de 1º de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações), trouxe em seu capítulo XIV o procedimento de apuração e aplicação de penalidades nos âmbitos licitatório e contratual no Município de Uberlândia, em semelhança ao Decreto Municipal nº 18.198 de 2019, que também dispunha sobre esse procedimento - de acordo com a Lei Federal nº 8.666 de 1993. Entretanto, deixou de fazer qualquer menção quanto a possibilidade da utilização de métodos autocompositivos para resolver litígios envolvendo a Administração Pública Municipal e o particular.

Por outro lado, aproximadamente dois meses após a edição do Decreto Municipal nº 20.157, foi editada a Lei Complementar nº 751 de 15 de março de 2023, a qual, de forma inovadora, instituiu a Central de Conciliação com objetivo de promover a conciliação e a mediação como meios para solução de controvérsias administrativas ou judiciais, atuando por meio de Câmaras de Conciliação, com fundamento no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação.

Nessa mesma toada, em 1º de abril de 2023, houve a publicação do Decreto Municipal nº 20.272, que trouxe a nova estrutura administrativa da Secretaria Municipal de Administração, tendo atribuído a uma Corregedoria Geral do Município a finalidade de atuar em PADs, sindicâncias, investigações preliminares sumárias e juízos prévios de admissibilidade, inclusive atuando em atividades de maneira preventivas e pedagógicas.

Nota-se que a nova estrutura da Secretaria de Administração, ao trazer a competência ao Corregedor Geral do Município para atuar nas processos acima elencados, deixou de trazer de forma objetiva e clara a possibilidade da utilização de meios alternativos para solução de litígios, fazendo apenas menção à sua atuação em "atividades preventivas e pedagógicas, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Direta do Poder Executivo Municipal" (Uberlândia, 2023), o que se mostra insuficiente quando observada a Lei Complementar Municipal nº 751 editada em março desse mesmo ano.

4.3 (Des)Necessidade de legislação específica municipal para institucionalização dos métodos alternativos de resolução de conflitos

Cabe destacar que tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei da Mediação são leis federais de observância obrigatória por todos. Por outro lado, conforme demonstrado no trabalho, alguns municípios legislaram de forma mais célere acerca da criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa, como é o caso de Araguari, e outros o fizeram de maneira tardia, como é o caso de Uberlândia.

Surge, em primeira vista, a problemática dos municípios inertes, que não regulamentaram os procedimentos para autocomposição no âmbito administrativo, como exemplo a criação das câmaras de mediação e conciliação somente no ano de 2023 no Município de Uberlândia.

Quanto a isso, deve-se destacar a importância da criação de estruturas capazes de solucionar conflitos de maneira alternativas, que se mostram mais benéficas para todos os envolvidos, porém, pela própria leitura da Lei de Mediação é possível perceber que a autocomposição não é condicionada a institucionalização das câmaras. Na verdade, a própria lei traz o procedimento que poderá ser utilizado pela Administração Pública Municipal independente de lei ou decreto municipal regulamentador, previsto na Seção III, Subseção I.

Dessa maneira, embora existam municípios que não tenham criado as câmaras de conciliação, como foi o caso de Uberlândia nos anos anteriores a 2023, entende-se possível a

utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos nos casos em que a legislação municipal é omissa, mas não veda sua utilização, uma vez que a própria Lei de Mediação já traz essa regulamentação (art. 14 a 20).

Evidente que a Lei de Mediação não obriga a regulamentação da mediação no âmbito do Poder Executivo Municipal ou a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa, porém a sua institucionalização e efetivação remetem a uma maior concretização dos princípios informadores do regime jurídico de direito administrativo, de uma boa governança e da tutela do direito fundamental à boa administração. (CORRALO; DESORDI, 2018. p. 14)

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa identificou um paradoxo entre a concepção de democracia das doutrinas do contrato social – no que concerne ao poder do povo sob sua autodeterminação –, a ausência de representatividade da vontade do povo no Poder Legislativo e a imposição de vontade do Poder Judiciário em casos que não seria necessário, levando em consideração as críticas de Roberto Gargarella.

Diante desse contexto, propôs-se a buscar no diálogo e nos métodos alternativos de solução de litígios a oportunidade de autodeterminação do povo, ainda que não se tenha discutido os problemas existentes de acesso à justiça - não sob uma concepção simplista de acesso ao judiciário - da população vulnerável e marginalizada.

Posteriormente, analisou-se por meio de dados estatísticos e das legislações vigentes de que forma a Administração Pública lida com a resolução de conflitos em cada âmbito de competência, apresentando o caso concreto das legislações do Município de Uberlândia para estudo e questionando acerca da necessidade de regulamentação municipal para que o ente coloque em prática os métodos autocompositivos para resolução dos conflitos.

Por fim, reconheceu-se a completude da Lei de Mediação que traça procedimentos específicos de sua utilização, entendendo ser desnecessário a regulamentação em âmbito municipal para implantação dos métodos autocompositivos, porém evidenciando sua importância, principalmente em relação à criação das câmaras de mediação e conciliação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGU - Advocacia-Geral da União. **Ato Regimental nº 02, de 9 de abril de 2009**. Disponível em:http://www.lex.com.br/doc_1791522_ATO_REGIMENTAL_N_2_DE_9_DE_ABRIL_DE_2009.aspx. Acesso em: 21 dez. 2020.

AGU - Advocacia-Geral da União. **Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007**. Disponível em: http://sistemasweb.agricultura.gov.br/conjurnormas/index.php/ATO_REGIMENTAL_N%C2%BA_5,_DE_27_DE_SETEMBRO_DE_2007.aspx. Acesso em: 21 dez. 2020.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21 de dez. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº 9521, de 26 de julho de 1946**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 2848, de 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.,relativos%20a%20direitos%20patrimoniais%20dispon%C3%ADveis. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#:~:text=%C2%A7%201%C2%BA%20Institu%C3%ADda%20a

%20arbitragem,integrante%20da%20conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20arbitragem. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho DE 2015**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.105%2C%20DE%2016%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202015.&text=C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.&text=Art.%201%C2%BA%20O%20processo%20civil,se%20as%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20deste%20C%C3%B3digo. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 71.467**. Recorrentes: Espólio De Henrique Lage e outros. Recorrida: União Federal. Relator: Min. Bilac Pinto. Brasília, 14 de nov. 1973. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur128383/false. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n° 473**. Aprovada em sessão plenária em 03 de dezembro de 1969. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602. Acesso em 22 de dez. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 25.885-0**. Recorrida: Lázara Rodrigues Leite e outras. Recorrente: Município de Santa Rita do Sapucaí. Relator: Min. Ellen Gracie. Diário Oficial da União. Brasília, 21 jun. 2002. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral nº 138**. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente

=2644122&numeroProcesso=594296&classeProcesso=RE&numeroTema=138. Acesso em: 21 dez. 2020.

CESA - Centro De Estudos Das Sociedades De Advogados. **Anuário da Arbitragem no Brasil 2017**. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/principais-temas-arbitragens-sao.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: CNJ, 5. ed. 2015. Disponível em: http://www.adamsistemas.com/wp-content/uploads/manual_mediacao_judicial_2015.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Provimento Nº 67, de 26 de março de 2018**. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2532. Acesso em: 21 dez. 2020.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156. Acesso em: 21 dez. 2020.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Semana Nacional de Conciliação: 2019 - 04/11/2019 a 08/11/2019**. DF, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/02/Semana-concilia%C3%A7%C3%A3o-total.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

CORRALO, Giovani da Silva; DESORDI, Danubia. **Mediação na Administração Pública Municipal**: aplicação da lei 13.1340/2015 às municipalidades. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Salvador, v. 4, n. 1, p. 1-17, jan. 2018. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/rdagp/issue/view/JANEIRO%20-%20JUNHO. Acesso em: 21 dez. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, O poder constituinte – 6. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **De la injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?** Perfiles Latinoamericanos, Distrito Federal, México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, julio-diciembre, n. 28, 2006.

GODOY. Miguel Gualano. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella.** Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Curitiba, 2011.

LANÇA, Daniel. **Governança municipal**: 20 cases de sucessos da nova gestão pública nas cidades brasileiras. Belo Horizonte: IDDE, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Brasil: Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020. p.45.

SÃO PAULO. Portaria PGM 26/2016. São Paulo. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-procuradoria-geral-do-municipio-pgm-26-de-22-de-novembro-de-2016#historico. Acesso em: 21 dez. 2020

SÃO PAULO. Portaria PGM 118/2023. São Paulo. Disponível em: https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-procuradoria-geral-do-municipio-pgm-26-de-22-de-novembro-de-2016#historico. Acesso em: 25 set. 2023.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

UBERLÂNDIA. **Decreto nº 18.198, de 1 de agosto de 2019.** Uberlândia, Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberlandia/decreto/2019/1819/18198/decreto-n-18198-2019-dispoe-sobre-o-procedimento-de-apuracao-e-aplicacao-de-penalidades-nos-mbitos-licitatorio-e-contratual-e-institui-o-cadastro-de-fornecedores-impedidos-de-licitar-e-de-contratar-com-o-municipio-de-uberl-ndia-cadudi. Acesso em: 21 dez. 2020.

UBERLÂNDIA. **Decreto nº 20.154, de 1 de fevereiro de 2023.** Uberlândia, Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberlandia/decreto/2023/2015/20154/decreto-n-20154-2023-regulamenta-a-aplicacao-da-lei-federal-n-14133-de-1-de-abril-de-2021-no-ambito-da-administracao-publica-municipal-direta-autarquica-e-fundacional-do-municipio-de-uberlandia. Acesso em: 25 set. 2023.

UBERLÂNDIA. **Decreto nº 20.272, de 1 de abril de 2023.** Uberlândia, Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberlandia/decreto/2023/2028/20272/decreto-n-20272-2023-dispoe-sobre-a-estrutura-administrativa-da-secretaria-municipal-de-administracao?q=20272. Acesso em: 25 set. 2023.

UBERLÂNDIA. **Lei Complementar nº 628, de 4 de dezembro de 2017**. Uberlândia, Disponível em: https://www.uberlandia.mg.gov.br/wp-content/uploads/2019/06/5269.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

UBERLÂNDIA. **Lei Complementar nº 662, de 08 de abril de 2019**. Uberlândia, Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberlandia/lei-complementar/2019/66/662/lei-complementar-n-662-2019-altera-a-lei-n-11966-de-29-de-setembro-de-2014-e-suas-alteracoes-que-dispoe-sobre-o-plano-de-carreira-dos-servidores-publicos-da-administracao-direta-do-municipio-de-uberl-ndia-e-da-outras-providencias-e-da-outras-providencias. Acesso em: 21 dez. 2020.

UBERLÂNDIA. **Lei Complementar nº 751, de 15 de março de 2023.** Uberlândia, Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a1/mg/u/uberlandia/lei-complementar/2023/75/751/lei-complementar-n-751-2023-estabelece-a-estrutura-organica-da-administracao-publica-do-poder-executivo-do-municipio-de-uberlandia-e-da-outras-providencias. Acesso em: 25 set. 2023.

UBERLÂNDIA. **Lei Complementar nº 12.654, de 25 de abril de 2017**. Uberlândia, Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberlandia/lei-ordinaria/2017/1265/12654/lei-ordinaria-n-12654-2017-dispoe-sobre-o-procedimento-de-cobranca-administrativa-de-debitos-inscritos-no-municipio-de-uberlandia-e-da-outras-providencias. Acesso em: 21 dez. 2020.

UBERLÂNDIA. **Lei Ordinária nº 6103, de 18 de outubro de 2018**. Uberlândia, Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/mg/a/araguari/lei-ordinaria/2018/611/6103/lei-ordinaria-n-6103-2018-cria-no-ambito-do-municipio-de-araguari-a-camara-municipal-de-mediacao-e-conciliacao-administrativa-e-regulamenta-outras-providencias. Acesso em: 21 dez. 2020.

UBERLÂNDIA. **Lei Ordinária nº 12.618, de 17 de janeiro de 2017**. Uberlândia, Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberlandia/lei-ordinaria/2017/1265/12654/lei-ordinaria-n-12654-2017-dispoe-sobre-o-procedimento-de-cobranca-administrativa-de-debitos-inscritos-no-municipio-de-uberlandia-e-da-outras-providencias. Acesso em: 21 dez. 2020.

UBERLÂNDIA. **Portaria nº 43.173, de 19 de janeiro de 2018**. Uberlândia, Disponível em: http://docs.uberlandia.mg.gov.br/wp-content/uploads/2019/07/5301.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. **Conciliação na Justiça Federal**. A indisponibilidade do Interesse Público e a Questão da Isonomia. Revista da PGFN, Brasília, v. 2, p. 139-164, jul. 2014.

A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

NASCIMENTO JUNIOR, Jamil Gonçalves do[1]
OLIVEIRA, José Carlos[2]
ESTEVES NETO, Ernesto Gomes[3]

O presente artigo analisa a aparente incompatibilidade entre os meios alternativos de solução de controvérsia (MASC) - como a arbitragem, a mediação e a conciliação - com regime jurídico administrativo. Isso porque, a adoção de sistema multiportas exige que as partes tenham poder de transacionar, o que tende a apresentar colisão aparente com a indisponibilidade do interesse público. Para tanto, a partir de revisão de literatura especializada e pesquisa dogmática (Lei n. 9.307/1996 e Lei n. 13.140/2015), concluiu-se pela existência de substrato no ordenamento que apontam na direção de um sistema multiportas para solução de conflitos de direito administrativo, pelo que admitir a adoção de meios alternativos de solução de controvérsia (MASC) envolvendo a Administração não é o mesmo que negar a fita genética do direito administrativo, tal qual sugere a aparente antinomia, na medida em que análise sistemática permite constatar a diferença entre atos de império e atos de gestão .

Palavras-chaves: administração pública, MASC, arbitragem, autocomposição, indisponibilidade do interesse público

[1] Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho". Mestre e Bacharel em Direito pela USP. e-mail. nascimento.jr@unesp.br
[2] Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho". e-mail. jose.c.oliveira@unesp.br
[3]Mestre e bacharel em Direito pela USP: ernestogesteves@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública nos conflitos travados contra particulares pode se valer de meios alternativos para solucionar disputas, transacionando com o administrado; ou o princípio estruturante da indisponibilidade do interesse público impede qualquer construção de um sistema multiportas para questões de direito público? Este é o questionamento central do presente artigo que, a partir de revisão de literatura e estudo da dogmática vigente, busca identificar a possiblidade de disputas envolvendo a Administração serem solucionadas a partir de métodos alternativos à jurisdição estatal para solução de disputas.

Nesse contexto, o artigo parte da premissa de que a existência de conflito como fator de desagregação é natural da sociedade, sendo indispensável a institucionalização de meios de solução hábeis a promover a pacificação social, a partir da construção de um sistema multiportas. Isso porque, é desejável que os sujeitos envolvidos em uma disputa tenham multiplicidade de vias para composição do litígio, desde a autocomposição via acordo até a heterocomposição via decisão.

Ocorre que no ordenamento brasileiro, apesar da origem romano-germânica, a via da jurisdição estatal com decisão coercitiva e imutável que deveria ser subsidiária, tornou-se a principal porta de solução. Por consequência, a tradição demandista ocasionou a hiperinflação de problemas levados ao Poder Judiciário, criando problema na concretização do acesso à justiça, muito em razão do engarrafamento de todos aqueles que pretendiam passar pela porta estreita da jurisdição.

Para amenizar o estrangulamento do sistema, a construção do sistema multiportas se tornou indispensável, criando e estimulando os indivíduos a serem protagonistas na solução de suas disputas a partir de acordos de vontade, que passam desde a negociação direta entre os envolvidos até a concordância entre os sujeitos em conflito de se submeterem à jurisdição privada da arbitragem.

No entanto, outras portas alternativas à jurisdição estatal envolvem a manifestação de vontade e o poder de transacionar, o que, quando se trata de disputas envolvendo Administração Pública nasce antinomia aparente decorrente da própria fita genética do

direito público. Em outras palavras, como pode a Administração se valer de outras vias de solução de disputa se o interesse público é indisponível? A partir daí, o artigo avança no sentido de identificar a possiblidade de se conformar o sistema multiportas às controvérsias de direito público. Até mesmo porque, os princípios estruturantes da Administração não podem representar obstáculos à implementação de uma administração consensual que busca na solução adequada das disputas a concretização da eficiência.

Em um terceiro momento, afastada a antinomia aparente, adentra-se na análise dogmática dos diplomas que apontam para direção dos meios alternativos aplicados à Administração Pública, recortando-se e limitando-se à Lei n. 9.307/1996 e Lei n. 13.140/2015 que regulam a arbitragem e a autocomposição. Nesse contexto, a partir da literatura especializada – em especial, como referencial teórico a obra de Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Estafam sobre arbitragem e Administração Pública – identifica-se que tanto para escolha da jurisdição privada como meio de resolução de conflito quanto para se valer da mediação ou conciliação, necessário se faz identificar a natureza do interesse em disputa, se se trata de ato de império ou ato de gestão.

É neste panorama que se insere o presente artigo, que se propõe a primeiro verificar a compatibilidade de um sistema multiportas com as peculiaridades das questões de direito público, e em um segundo momento analisar de forma geral as vias alternativas à jurisdição estatal já postas no ordenamento.

2 O ADVENTO DO SISTEMA MULTIPORTAS COMO ALTERNATIVA À PORTA ESTREITA DA JURISDIÇÃO ESTATAL

O casal unido pelo matrimônio, quando sofre com problemas no casamento, dissolvem o vínculo matrimonial por meio de ação de divórcio. Cônjuges provocam a jurisdição para resolver a disputa de direito das famílias. Os sócios de uma sociedade empresária limitada com o *affectio societatis* abalado, dissolvem o vínculo societário por meio de ação de dissolução de sociedade, para solucionar a disputa empresarial. Estado e particular que divergem quanto à indenização de prédio desapropriado, solucionam a disputa com a Administração Pública por meio de identificação do valor justo a ser pago em ação de desapropriação.

Todas essas situações hipotéticas esboçam potencial tensão, na medida em que os vetores de interesses das partes envolvidas na relação estão apontados para direções opostas, buscando em cada caso instrumento processual adequado para obtenção do bem da vida. Três situações distintas, envolvendo fatos-do-mundo distintos, em que os sujeitos envolvidos buscam abrir a mesma porta da jurisdição estatal para obtenção da solução.

As hipóteses refletem o que se identifica na sociedade brasileira, sendo enraizada na cultura jurídica a escolha pela via estatal formal para solução de disputas.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ[4], em 2018 pela porta da Justiça Estadual ingressaram a 17.136.250 novas controvérsias não-criminais. No ano anterior, 17.706.101 novas disputas não-criminais foram também levadas à Justiça Estadual[5], como também em 2016, os indicadores apontaram para 17.037.851 novos casos não-criminais[6]. O que é revelador nesses dados não é a existência de disputas, e sim a quantidade expressiva de disputas que são levadas à jurisdição estatal. Ecoa no íntimo psíquico do jurista: será que todas essas controvérsias não teriam outras alternativas de pacificação?

Não é novidade que a disputa se trata de característica inerente ao (con)viver em sociedade. Havendo seres em convívio, haverá também potencial desentendimento. Se hoje, disputa-se em razão de contratos não cumpridos, bens em matrimônio dissolvido, haveres de sociedades empresariais, indenização por desapropriações; no passado, disputava-se o melhor solo para o plantio, novos territórios para extração de ouro e prata, dentre outros. O conflito de interesses é perene na história, sendo um dado não negligenciável.

Muito embora a existência de interesses contrapostos tenha a vocação de desagregação, a sociedade persiste e resiste; pois, cria meios para equalizar controvérsias.

---

[4]CNJ. **Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

[5]CNJ. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.** Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

[6] CNJ. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

Não é, portanto, a ausência de conflito que garante coesão aos elementos do corpo social, e sim a capacidade de resolvê-los. É neste panorama que o estudo dos métodos de resolução de controvérsia merece destaque. Se resolver conflitos de interesses é um dos fatores que contribui para manutenção da coesão social, indispensável são os mecanismos de solução de disputas, que mudam conforme as necessidades, a cultura e os arranjos institucionais existentes em sua época.

Nas sociedades primitivas, por exemplo, admitia-se a autotutela, meio pela qual as partes envolvidas no conflito buscavam solver a crise utilizando a própria força. Hodiernamente, de forma diversa, faz parte da própria estrutura estatal a existência de poder específico que tem o papel de resolver conflitos em única ou última instancia com grau de coercibilidade e definitividade. O nascimento do Estado, neste panorama, influencia diretamente na cultura resolutiva do povo, que passa a terceirizar o papel apaziguador à estrutura que detém possibilidade de resolver controvérsias de forma vertical e imperativa, exigindo das partes que adotem condutas determinadas que cumprem a ordem não por concordar com a solução imposta, e sim porque aquele que decidiu monopoliza o uso da força.

Nesse sentido, Paulo Eduardo Alves da Silva[7] ao pesquisar métodos resolutivos esclarece que desde os Estados modernos a função de resolução de controvérsias é exercida de forma preponderante pelo próprio Estado, a quem é atribuído, por meio do poder e função jurisdicional, o monopólio da força e da coerção, promovendo a pacificação social por meio de solução heterocompositiva. O que decide o Estado-juiz, nesse contexto, obriga as partes envolvidas, o que desloca para margem a função delas dentro da construção da solução. Por isso a afirmação anterior de que a solução verticalizada decorrente da manifestação do poder estatal não necessariamente gerará ganhos de pacificação decorrentes do grau de satisfação das partes na solução imposta.

Além disso, a dependência do Estado na solução de disputas tende a atrofiar a capacidade do indivíduo de solucionar as controvérsias que figura como parte, olvidando-

[7]SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 14.

se que a resolução consensual e comunitária de disputas é a forma mais antiga, existente antes mesmo de se cogitar transferir ao poder institucionalizado a função de resolver litígios em grau de definitividade.

Novamente partindo das lições de Paulo Eduardo Alves da Silva,

> Na verdade, a resolução consensual e comunitária de disputas é historicamente mais antiga do que o processo judicial conduzido pelo Estado. Mecanismos privados e informais de justiça já eram praticados quando o Estado e a jurisdição oficial ainda ganhavam corpo e é razoável supor que nunca deixaram de ser praticados e sempre estiveram em desenvolvimento. A jurisdição e o processo judicial representam tão somente os instrumentos mais formais para resolução das disputas e, na perspectiva do Estado moderno, a mais democrática e justa porque pautada e voltada para aplicação da lei[8].

Muito embora o ser humano nasça se comunicando e barganhando com seus próximos para finalidade de sobrevivência - como quando faz uma criança que chora para obtenção de alimento, em uma tendência quase natural de buscar negociar para satisfazer necessidades e desejos -, as instituições sociais, intencionalmente ou não, acabam estimulando o indivíduo a alienar sua autonomia e capacidade de resolver os próprios problemas.

Os indivíduos, ludibriados na crença de que somente desta forma obterão a solução dotada de segurança, alicerçada no formalismo - e esperançosos na crença de justiça na decisão emanada do Estado -, passam a provocar a jurisdição desenfreadamente, abarrotando o Poder Judiciário com multiplicidade de demandas simples que poderiam ser solvidas sem a invocação do poder jurisdicional.

O resultado é a crise de acesso à justiça, decorrente principalmente da insatisfação com a falta de celeridade na prestação jurisdicional, natural de uma estrutura sobrecarregada. Por consequência, em contraposição ao formalismo, surgem outros métodos de solução de controvérsia, menos formais e menos centralizados, conhecidos a partir da expressão "meios alternativos de solução de controvérsia" (MASC).

A respeito da expressão, Kazuo Watanabe[9] relembra que meios alternativos é importação do direito norte-americano, que se vale do termo ADR – *alternative dispute*

[8]SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p 15.
[9]WATANABE, Kazuo. Modalidades de Mediação. In: **Série Cadernos do CEJ**, Brasília, Conselho de Justiça Federal, n. 22, p. 43-50, 2001, p. 43.

resolution. Destaca que, tratando-se de tradição *common law* com prevalência do sistema de precedentes, a via do Poder Judiciário é a regra, razão pela qual os outros meios seriam alternativos. Diferentemente, países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil, o Poder Judiciário é o meio alternativo, na medida em que historicamente a sociedade resolveu conflito sem interferência do Estado.

Apesar da ponderação do processualista, fato é que a jurisdição estatal teve tanta aderência na solução de conflito que outros meios sequer eram vislumbrados.

Essa situação perdurou até Frank Sander, professor da clínica jurídica da escola de direito da Universidade de Harvard, iniciar a defender a diversificação de meios de solução de disputas em congresso organizado justamente para discutir as causas de insatisfação com a justiça norte americana[10]. Nos Estados Unidos, então, levantou-se na década de 70 movimento favorável à criação de métodos menos formais e não oficiais, prometendo mais rapidez e redução de custos, o que atraiu a adesão do próprio Poder Judiciário.

Não significa que em sua origem não tenha sofrido resistências.

Como destaca Paulo Eduardo Alves da Silva[11], contra o movimento da ADR, insurgiu-se Owen Fiss, da Universidade de Yale, por meio de artigo intitulado "Contra o acordo", em 1984. Para ele, o acordo não funcionava para produzir justiça e impedia o exercício da jurisdição pelo Estado que, muito além da paz entre as partes, tem a função também de produzir proteção aos valores públicos.

Apesar de as críticas serem fundamentadas, os meios alternativos de resolução de controvérsia se propagaram pelo mundo, aterrissando em solo brasileiro mais energicamente em 1996 por meio da Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), que assume relevante papel na instauração e promoção de uma justiça consensual, compreendida esta

[10]SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 16.

[11] SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 19.

como *"mecanismo de resolução de disputas que perseguem a justiça por meio do acordo de vontades entre os litigantes"*[12].

Posteriormente, por meio da atuação do Conselho Nacional de Justiça e seus esforços em estabelecer uma política nacional de resolução de conflitos pela Resolução n. 125, passou-se a incluir a conciliação e mediação como pauta prioritária, promovendo a "cultura da pacificação" em oposição à "cultura da sentença". Diz-se oposição não por serem excludentes, na medida em que nada impede que a solução consensual ocorra após a sentença, mas sim em razão da luta em instituir no Brasil, até então um país de litígio e litigantes, um ambiente fértil para autocomposição.

Em 2015 uma série de mudanças relevantes para difusão dos meios alternativos de resolução de controvérsia aconteceram, na medida em que o Código de Processo Civil toma forma e coloca como norma fundamental a mediação, conciliação e arbitragem como exceções da inafastabilidade da jurisdição. Com isso, apesar de a constitucionalidade da Lei de Arbitragem já ter sido confirmada pelo Supremo Tribunal Federal na primeira metade de década de vigência, o diploma processual fulminou de morte qualquer discussão remanescente e trouxe como regra geral a possiblidade de se valer de outros métodos para resolver disputas que não a tradicional heterocomposição estatal orquestrada pelo Poder Judiciário.

Desta arte, o que se observa é que o ordenamento oferece uma multiplicidade de modelos para solver a controvérsia, o que caracteriza o sistema multiportas, nascido a partir do discurso do Professor Frank Sander "*Varieties of Dispute Processing"*. Sobre referido sistema, Marco Antônio Lorencini esclarece:

> Pode-se pensar que uma pessoa, diante de um conflito, tem à sua disposição várias alternativas para tentar solucioná-lo. Pode procurar diretamente a outra parte envolvida e tentar negociar o impasse sem a interferência de ninguém. Mas pode também procurar um terceiro e este propor diferentes métodos de solução existentes (mediação, arbitragem, entre outros). Pode ainda procurar um ente estatal que, dependendo do conflito, ainda que não seja Poder Judiciário, tente intermediar o impasse. Pode, ainda, procurar o Estado-Juiz para ajuizar uma demanda. Cada uma das alternativas corresponde a uma porta que a pessoa se dispõe a abrir, descortinando-se a partir daí um caminho proposto pelo método escolhido. Neste cenário, o envolvimento do Estado é

[12]SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 21

uma eventualidade, pois provocar o Estado-Juiz a Administração, é abrir uma das portas[13].

Partindo dessa perspectiva, a sentença judicial passa a ser somente uma das formas de administração e resolução de conflitos, perdendo aos poucos o seu protagonismo diante de meios menos burocráticos, baseados na premissa da participação ativa das partes na solução da controvérsia, com formato mais informal e flexível do que a via da jurisdição estatal.

Daí que a depender da porta que será aberta, diante das diversas alternativas, a solução final será obtida ou o acordo ou a decisão. Como diferencia Paulo Eduardo Alves da Silva, no acordo a solução será produzida pelas próprias partes, enquanto na decisão a solução é produzida por terceiro, sendo ou imposta ou aceita pelas partes. Enquanto no acordo o que deve ser considerado é a vontade das partes, na decisão o que irá produzir a solução é a legitimidade do terceiro decisor. Neste ponto, a legitimidade ou decorrerá do consenso das partes em se submeter à decisão, como na arbitragem privada, ou decorrerá das estruturas oficiais do Estado.

A respeito dessas estruturas oficiais, relembre-se, por oportuno, que a Carta Constitucional de 1988 realizou a distribuição de (i) funções estatais em diferentes (ii) estruturas internas. As (i) funções estatais, por sua vez, manifestam-se de três formas distintas: ora criando o direito novo, por meio da função legislativa; ora atuando na gestão e satisfação concretas dos interesses coletivos e finalidades estatais, aplicando a ordem constitucional e legal a que está submetida, por meio da função administrativa (executiva); ora resolvendo litígios em concreto, por meio da função jurisdicional.

Essa clássica tripartição de funções permite que sejam absorvidas por blocos orgânicos especializados denominados “Poderes”, naquilo que se compreende por “separação dos poderes estatais”, nomeando cada estrutura com o próprio nome da função que exerce com predominância: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

A utilização do termo “poderes” para fazer menção a essas (ii) estruturas internas, contudo, comporta reflexão. Adverte André Ramos Tavares que, apesar de enraizada,

[13] LORENCINI, Marco Antônio Garcia. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 57.

deve ser compreendida de forma figurativa, vez que não passaria de distribuição de função a diferentes órgãos do Estado. Valendo-se das lições de Karl Loewenstein, o autor aponta ainda para uma superação da clássica teoria da separação tripartite dos poderes, que comporta no atualmente uma outra categorização, também tripartite: (i) a definição da política (policy determination); (ii) a execução da política (policy execution); e (iii) o controle da política (policy control).[14]

Apesar dessas críticas a respeito da clássica divisão, certo é que o nosso legislador constituinte consagrou a separação dos poderes do Estado no artigo 2º da Constituição da República, enunciando que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Cuidou também de autorizar que cada estrutura desempenhasse, paralelamente e quando necessário, as funções que *"materialmente deveriam pertencer a Poder diverso"*[15]. Essa organização, segundo Marçal Justen Filho conduz à autonomia relativa de cada um dos poderes que exercita preponderantemente uma função, mas não exclusivamente[16].

Desenhou-se assim o Estado: repartido em poderes estruturais que de forma especializada executam atividades típicas inerentes à função que absorvem, e atipicamente executam função de outra estrutura de Poder.

Há, portanto, a vocação originária advinda da própria vontade constituinte em instituir estrutura estatal com suficiente legitimidade para figurar como terceiro decisor, valendo-se do monopólio estatal da força para garantir a imposição de solução, sendo neste panorama dispensável a aceitação das partes.

Isso porque, o Poder Judiciário, por meio da função jurisdicional – acompanhada do poder jurisdicional –é institucionalmente legitimado para proferir decisões em única ou última instância e com grau de definitividade. Basta a vontade manifesta de uma das partes em submeter o litígio ao Poder Judiciário mediante provocação da jurisdição, para que o processo caminhe por impulso oficial, devendo a outra parte comparecer em juízo,

[14]TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "poderes" do Estado. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 29, pp. 66-71. Out-dez/1999, p. 66-71
[15]CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p 40.
[16]JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105.

sendo inevitável e inafastável a atuação estatal a partir deste momento. O juiz, imparcial, proferirá a decisão que solucionará o litígio, cabendo às partes, quando esgotados os recursos, resignarem-se à autoridade do Poder Judiciário e cumprir aquilo que foi determinado na sentença.

É neste ponto que se questiona, por vezes, se a sentença gerará pacificação social, na medida em que existe a possiblidade de ambas as partes saírem insatisfeitas com o resultado final. No jogo de tudo ou nada, de soma zero, que coloca a vontade dos principais sujeitos envolvidos em segundo plano, a solução da controvérsia final por terceiro institucionalmente legitimado poderá causar a sensação de insatisfação, o que não é desejável ante os escopos do processo.

Daí ter sido indispensável a criação de um sistema multiportas para desafogar a porta estreita do Poder Judiciário, possibilitando que a sentença judicial figure como alternativa subsidiária, provocando-se a jurisdição estatal quando não for possível nenhuma outra solução que parta da vontade dos sujeitos envolvidos na controvérsia.

Resta compreender quais são esses outros mecanismos.

3. MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS BASEADOS EM ACORDO E EM DECISÃO JUDICIAL

Como ponderado alhures, o sistema multiportas admite uma série de novas formas de resolução de controvérsia, com procedimentos próprios, sempre com o intuito de resolver o problema com o máximo de pacificação social. Nesse contexto, partindo das lições de Paulo Eduardo Alves da Silva, foi destacado que as vias têm dois tipos básicos, sendo ou o acordo ou a decisão.

Sistematizando, existem mecanismos compositivos organizados pelas próprias partes, ou conduzidos por terceiros. No primeiro caso, identifica-se a negociação, compreendida como *"uma forma de autocomposição direta entre as partes"*[17]. Já no segundo caso, em que há terceiro conduzindo a composição, no Brasil há a figura da Mediação e da Conciliação, ambas inclusive dispostas no Código de Processo Civil, tendo

[17]GABBAY, Daniela Monteiro. Negociação. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 127.

sido incorporadas pelo próprio Poder Judiciário que atualmente fomenta também práticas autocompositivas, como forma de diminuir o número de demandas que são levadas até ele. Na conciliação, a composição é conduzida pelo conciliador; e na mediação, pelo mediador. O CPC, por sua vez, definiu no artigo 165 essas figuras. No § 2º esclarece que o conciliador é aquele que atuará em casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podem inclusive sugerir soluções para o litígio, sem utilizar qualquer instrumento de intimidação. Já o mediador, nos termos do § 3º do mesmo artigo, atuará preferencialmente nos casos que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito.

De outro lado, além dos métodos compositivos que optam pela via acordo, existem os mecanismos decisórios.

O primeiro deles, que já foi mencionado anteriormente, é o de sujeição compulsória que utiliza da jurisdição estatal para obtenção da solução que será imposta às partes. Como foi destacado, neste caso não há necessidade de confluência de vontades, sendo manifestação do poder de império do Estado-juiz que, uma vez provocado, irá impor a solução à controvérsia.

Há ainda mecanismo decisório de submissão voluntária, representado pela arbitragem privada. Como pontua Lorencini, a arbitragem consiste em duas ou pais partes confiarem em terceiro imparcial para solução da disputa, ocorrendo fora da esfera pública, apesar de ser muito semelhante a ela no tocante ao procedimento[18]. Tanto é verdade que a estrutura é semelhante, oportunizando às partes o direito ao contraditório de influência e à produção ampla de provas antes da decisão final a ser proferida pelo árbitro.

A legitimidade do terceiro advém, neste caso, da própria vontade das partes que concordam em se submeter à decisão por ele proferida. Não se pode olvidar, também, que apesar de as partes terem participação ativa na arbitragem, concordando com a decisão de terceiro, o Estado por meio de sua estrutura legislativa, no caso brasileiro, colaborou

[18] LORENCINI, Marco Antônio Garcia. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 47.

com a atribuição de força coercitiva às decisões arbitrais, na medida em que conferiu às elas força de título executivo judicial.

Isso significa que, uma vez escolhida a arbitragem como meio de solução da controvérsia, as partes alienam qualquer possiblidade de rediscutir a matéria julgada no processo arbitral, sendo obrigadas a cumprir o que foi definido pela "justiça privada", sob pena de subsidiariamente o Poder Judiciário ser convidado a atuar por meio de processo de execução.

Diante dessas múltiplas portas, o que direcionará a solução adequada é o tipo de conflito, sendo certo que sempre que possível o Poder Judiciário deverá ser utilizado como forma subsidiária, principalmente em razão de as outras alternativas serem menos danosas aos envolvidos que terão resolução da controvérsia, em tese, mais célere.

Por essa razão, voltando ao início do primeiro tópico, questões envolvendo a crise conjugal poderão ser resolvidas por meio de mediação realizada por profissional competente, ou ainda os problemas societários poderão ser solucionados mediante negociação realizada diretamente por eles. Escolher abrir essas portas da autocomposição parece ser mais adequada para obtenção de pacificação, na medida em que, em muitas dessas situações envolvendo problemas intersubjetivos, as partes tendem a continuar se relacionando minimamente, principalmente quando se está diante de casos de família.

Como ressalta Lorencini, apesar de não existir um padrão preestabelecido que autorize afirmar que determinado método é o mais adequado, conflitos como esses tendem a ser pacificados pela autocomposição[19].

Se é claro que questões envolvendo particulares têm a seu dispor um sistema multiportas, o mesmo não é possível de afirmar quando na disputa uma das partes é a Administração Pública. Novamente retornando às hipóteses iniciais, é possível afirmar que a mesma multiplicidade portas resolutivas está disponível para resolver a controvérsia referente ao valor da indenização prévia e em dinheiro pela desapropriação? Isso porque, quando se vislumbra a possibilidade de a Administração Pública solver suas disputas

[19]LORENCINI, Marco Antônio Garcia. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 56.

pelas vias autocompositivas, defronta-se com a aparente incompatibilidade entre os princípios estruturais do direito público e a necessidade de a Administração também aderir ao MASC. Como viabilizar autocomposição se, via de regra, a Administração representa interesse de terceiro – no caso, a coletividade -, via de regra indisponível?

4. SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: HÁ ESPAÇO PARA A AUTOCOMPOSIÇÃO?

Até o presente momento, foi apresentado o sistema multiportas que traz uma variedade de alternativas para solução de controvérsias, o que é perceptível em disputas intersubjetivas. Questão que encerrou o último capítulo é se esse mesmo sistema multiportas pode ser aplicado em situações envolvendo a Administração Pública. O ordenamento aponta para resposta afirmativa se observada a Lei de Arbitragem e a Lei de Mediação. Lorencini, também nesse sentido, sobre conflitos envolvendo políticas públicas afirma:

> [...] os conflitos envolvendo políticas públicas, como aqueles que digam respeito, exemplificativamente, à política urbana, meio ambiente, desigualdades ou até mesmo improbidade na Administração Pública, ainda que submetidos a uma ação judicial, também podem utilizar as técnicas e os métodos alternativos ainda que no curso da demanda judicial. [20]

É neste momento que toda construção principiológica envolvendo direito público, especialmente o direito administrativo, é questionada, vez que vislumbrar hipóteses autocompositivas de solução de conflitos envolvendo a Administração envolve poder transacionar que classicamente é limitado pelo ordenamento.

Isso porque, o regime jurídico administrativo é compreendido, ou ao menos era, a partir do complexo de normas que disciplina a relação jurídica vertical mantida entre Administração Pública e administrados, caracterizada pelo binômio prerrogativas-sujeições, fundamentado nos princípios estruturantes da Supremacia e da

[20]LORENCINI, Marco Antônio Garcia. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 56.

Indisponibilidade do Interesse Público, e com código genético delimitado pela Constituição da República[21]. Sobre o regime jurídico administrativo, Di Pietro destaca:

> Ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e nulidade dos atos da Administração. O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo[22].

Diz-se relação vertical, pois é caracterizada pela utilização do Poder de Império da Administração que, valendo-se de suas prerrogativas, acaba por subtrair ou limitar direitos dos particulares. É o que se verifica, por exemplo, do poder de expropriar, ou até mesmo do poder de alterar ou rescindir contratos unilateralmente.

Essas prerrogativas, contudo, não são ilimitadas.

Isso porque, o indivíduo, no atual Estado Constitucional, aceita se subordinar à Administração Pública, se, e somente se, a Administração Pública utilizar esse poder para garantir os interesses públicos primários, que não se tratam de meras abstrações doutrinárias. Ao revés, são extraídos das próprias preferências democraticamente escolhidas e insculpidas na Constituição da República, documento originário que organizou e limitou o poder por meio de extenso catálogo de garantias fundamentais, valores e fins públicos[23].

Essa verticalização da relação administrado-administração está vinculada aos princípios estruturantes das relações jurídicas regidas pelo direito público, no caso: (i) a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, e a (ii) indisponibilidade do interesse público.

Por supremacia do interesse público sobre o interesse particular se entende que aquele é supremo sobre este, de forma que a satisfação das necessidades coletivas goza de prevalência no ordenamento jurídico. É possível identificar sua manifestação, por exemplo, nas prerrogativas que a Administração tem de intervir na propriedade privada,

[21]JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 199.
[22]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo, Atlas, 2011, p. 63
[23]BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

desapropriando bem imóvel no caso de relevante interesse coletivo mediante justa e prévia indenização. Ou ainda no próprio Poder de Polícia que confere à Administração a prerrogativa de adequar, limitar ou condicionar direitos individuais, de forma que sejam exercidos sem causar prejuízo ao interesse público.

Seguindo esse raciocínio, sendo o interesse público superior ao interesse particular, é natural que seja irrenunciável pelo Administrador a busca pela sua concretização. Até mesmo por se tratar o interesse público de interesses próprios da coletividade e não da Administração ensimesmada, tem-se que não se trata de bem jurídico submetido à livre disposição, passíveis de serem transacionados. É exatamente nessa necessidade de guarda irrenunciável do interesse público que se identifica o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Esses princípios estruturantes ao lado dos princípios expressos na Constituição de 1988 conferem ao direito administrativo brasileiro a fita genética básica de onde deve partir toda cadeia de positivação, servindo também de fonte que auxilia o gestor a tomada decisão e de parâmetro ao administrado para o exercício do legítimo controle dos atos da Administração.

Diante deste cenário, questiona-se: qual o espaço existente para autocomposição?

Primeiro, uma vez o interesse público sendo supremo, qual estímulo que a Administração tem para considerar negociar com o particular? Revestindo qualquer querer de interesse público, o que não é difícil na medida em que direito é linguagem e interpretação, poderá a Administração, por exemplo, expropriar ao invés de comprar. Apesar não ser uma expressa vedação à negociação, a supremacia do interesse pública atua como desestimulo para uma administração consensual. Fora isso, a indisponibilidade do interesse público cria o empecilho para transacionar, afinal, como é possível dispor de algo que é indisponível? E mais, tratando a Administração Pública de mandatária gestora do interesse de terceiro, no caso a coletividade, como poderia simplesmente transacioná-los.

Nesse sentido, Eduardo Talamini, em estudo publicado na Revista Brasileira da Advocacia em 2018, enfrentando especificamente a arbitragem na Administração Pública, esclarece que a indisponibilidade é a impossibilidade de renúncia a determinado

direito material, o que pressupõe a inviabilidade de dispor negocialmente. Como destaca Talamini, diferentemente das relações privadas,

> A Administração Pública, [...], titulariza posições jurídicas que são em grande medida "indisponíveis" [...]. Isso é decorrência direta do princípio constitucional republicano: se os bens públicos pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, a nenhum agente público é dado desfazer-se deles a seu bel-prazer, como se estivesse dispondo de um bem particular seu. Mais ainda: existem valores, atividades, bens públicos que são inalienáveis em qualquer hipótese. Então, no que tange ao núcleo fundamental das tarefas, funções e bens essencialmente públicos, não há espaço para atos de disposição.[24]

Ainda no mesmo estudo, Talamini também alerta que a indisponibilidade é também compreendida como a impossibilidade de submissão à razão alheia, mesmo que reconheça que na disputa não lhe assiste razão. Em outas palavras, a Administração mesmo reconhecendo não ter razão, não poderá se curvar a pretensão alheia, fechando todas as portas e somente admitindo para solução a jurisdição estatal. Essa interpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público pode representar obstáculo para implementação de uma Administração Pública consensual, o que não é desejável nem diante do esforço hodierno para implementação de um sistema multiportas, e nem para eficiência da Administração.

Se de um lado é inegável a importância teórica dos princípios estruturantes e constitucionais na conformação do regime jurídico administrativo, de outro a relativa indeterminação de seu conteúdo atrelada a utilização eufórica irrefletida cria disfunções como essa: é necessária a abertura para Administração negociar, mas proíbe-se que o faça em razão de norma conceitualmente aberta. Humberto Ávila, em suas considerações iniciais na obra *"Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos"* alerta para a importância de se estudar os princípios, mas que, no atual Estado Principiológico, os exageros e problemas teóricos tem inibido a efetividade do ordenamento[25].

A indeterminação que paira sobre os princípios não deve ser negligenciada pelo operador do direito. É fundamental que seja utilizado de forma refletida, utilizando a relativa flexibilidade conceitual para adequar aos novos clamores públicos da sociedade,

[24]TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Administração Pública no Direito Brasileiro. In: **Revista Brasileira da Advocacia**, vol 9. Abr/jun 2018, p. 20

[25]ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 44.

como é a necessidade atual de se buscar resolução adequada de controvérsias a partir do sistema multiportas.

Evita-se, dessa forma, aquilo que Carlos Ari Sundfeld apontou como ambiente de "geleia geral" no direito público brasileiro, *"em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão"*[26]. A utilização inconsciente de princípios torna a indeterminação em instrumento de arbitrariedades em que tudo se justifica normativamente a partir dessas normas de referencial aberto, degenerando a previsibilidade do direito. Ao revés de buscar a definição e o conteúdo normativo vinculante dos princípios, prefere-se utilizá-los como um cheque em branco para legitimar conveniências. Talvez esse problema decorra da própria dificuldade em atribuir significado aos princípios. Como aponta Humberto Ávila, diferentemente de coisas sensorialmente perceptíveis, a noção de princípio parte de instrumentos linguísticos abstratos, havendo tantas definições a depender dos critérios adotados:

> Ao contrário dos objetos materiais (coisas), cujo consenso em tomo de sua noção é mais fácil pela referência que fazem a bens sensorialmente perceptíveis, as categorias jurídicas, entre as quais se inserem os princípios, são instrumentos analíticos abstratos (linguisticamente formulados). Por isso mesmo é mais difícil haver uma só definição de princípio, já que a sua identificação relativamente às regras depende muito intensamente do critério distintivo empregado (se quanto à formulação, ao conteúdo, à estrutura lógica, à posição no ordenamento jurídico, à função na interpretação e aplicação do Direito etc.), do fundamento teórico utilizado (se positivista, jusnaturalista, normativista, realista etc.) e da finalidade para a qual é feita (se descritiva, aplicativa etc.)[27] (ÁVILA, 1999, 154).

Por essa razão, conclui-se, a indisponibilidade e supremacia do interesse público não devem servir como obstáculo para composição e como imposição à intervenção da jurisdição estatal na solução de disputa. Ao contrário, os entes da Administração devem resolver suas controvérsias sem ter que socorrer ao Poder Judiciário. Até mesmo porque, se por meio da autotutela a Administração pode revogar os atos inconveniente e inoportunos, e anular os ilegais, sem necessidade alguma de provocação, por qual razão não poderia fazê-lo por meio da participação do particular lesado? São situações como

[26]SUNDFELD. Carlos Ari. **Direito Administrativo pra céticos.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 205.
[27]ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313/45714>, p. 154.

essa que, em verdade, criam o dever administrativo de ceder ao interesse do particular em uma disputa se o Estado verificar que de fato o administrado tem direito[28].

Portanto, os princípios estruturantes da Administração não podem representar obstáculos à implementação de um sistema multiportas, parte de uma administração consensual que busca na solução adequada das disputas a concretização da eficiência. Se assim o é, importante se faz, a partir do ordenamento, identificar quais são as portas possíveis para resolução de disputa que foram construídas pela legislação.

5. EM BUSCA DO SISTEMA MULTIPORTAS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Se existem outras alternativas à jurisdição estatal para conflitos envolvendo a Administração Pública, quais são? Para tanto, é indispensável resgatar dos diplomas normativos que desenham de forma geral os outros meios de solução de disputa alternativos à jurisdição estatal, concentrando-se por recorte intencional à Lei da Arbitragem e à Lei de Mediação.

O motivo pelo qual é feita a opção decorre da natureza geral de referidos diplomas normativos, que tem por incidência a Administração Pública em geral, extravasando os limites setoriais que alguns marcos regulatórios setoriais trazem, como é o caso do Marco Regulatório do Saneamento Básico que traz disposições específicas aplicadas ao setor de saneamento básico.

5.1. Notas sobre a arbitragem na Administração Pública

A arbitragem tem origem contratual, sendo instituída a partir de acordo de vontades entre duas ou mais partes, que atribuem competência aos árbitros para que conduzam o processo arbitral e julguem o conflito. Nos termos do artigo 3º da Lei n. 9.307/1996, é por meio da convenção de arbitragem que a partes acordam em atribuir competência aos árbitros, sendo o gênero que abriga duas espécies: a cláusula arbitral (cláusula compromissória) e o compromisso arbitral. A primeira, é a convenção por meio da qual as partes em um contrato se comprometem a submeter eventuais litígios a

[28] TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Administração Pública no Direito Brasileiro. In: **Revista Brasileira da Advocacia**, vol 9. Abr/jun 2018, p. 21.

arbitragem (artigo 4º, LArb). Ou seja: há contrato preexistente regulando relação jurídica, e dentro deste contrato as partes pactuam que disputas serão resolvidas por arbitragem. O compromisso arbitral, diferentemente, é convenção em que as partes submetem o litígio à arbitragem de uma ou mais pessoa (artigo 9º, LArb), isto é, as partes submetem ao fórum arbitral uma controvérsia que já existe.

Mediante convenção, então, atribui-se competência para que terceiro resolva a controvérsia por meio de processo arbitral e de decisão. No entanto, para que referido pacto tenha validade, é fundamental que antes de tudo se identifique a arbitrabilidade do litígio, identificável logo no artigo 1º da LArb, que envolve tanto a arbitrabilidade subjetiva, referente à capacidade de as partes firmarem convenção de arbitragem, quanto a arbitrabilidade objetiva, referente à licitude e possibilidade de determinado objeto em disputa ser submetido à arbitragem. Ana Luiza Nery, em sua obra *"Arbitragem coletiva"*, em apurado estudo a respeito da arbitrabilidade do litígio, esclarece:

> São arbitráveis aquelas situações passíveis de serem resolvidas por meio de uma decisão arbitral e em relação à quais as partes tenham chegado a um consenso inicial, expresso por meio de convenção válida, prevendo a submissão de determinando litígio a esse mecanismo de solução.
> Na primeira parte do artigo, ao fazer menção 'a pessoas capazes de contratar', o aludido dispositivo legal trata dos agentes capazes para submetes conflitos à arbitragem. Para descrever esses agentes, usa-se a terminologia *arbitrabilidade subjetiva*, locução que significa as pessoas que podem escolher a arbitragem como meio alternativo de solução de disputas.
> A parte final do *caput* da LArb 1º prevê que os "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" serão passíveis de submissão à arbitragem, delimitando, assim, o objeto da arbitragem. A doutrina se vale do termo *arbitrabilidade objetiva* para tratar das matérias que podem ser levadas a arbitragem.
> O conceito de arbitrabilidade é mais amplo do que o de capacidade objetiva na arbitragem: engloba a capacidade objetiva, questões processuais e relativas à elaboração e eficácia de cláusulas arbitrais.[29]

Em relação à arbitragem envolvendo a Administração Pública, a Lei n. 13.129/2015, colocando fim à discussão, alterou a Lei de Arbitragem para possibilitar a utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, como se depreende da inteligência do Artigo 1º, § 1º, LArb: *"A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis"*.

[29]NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 81

A um só tempo, o dispositivo regulou a arbitrabilidade subjetiva, admitindo a Administração parte possível na arbitragem, como também limitou o objeto, consignando que somente podem ser submetidos ao juízo arbitral os direitos patrimoniais disponíveis.

Em relação à arbitrabilidade subjetiva não há mistério, vez que poderá a Administração se servir da via arbitral, como expressamente disposto em lei. Em relação à arbitrabilidade objetiva, contudo, algumas ponderações devem ser realizadas para compreender o que seriam os direitos patrimoniais disponíveis.

Imbuídos nesse mister, Estefam e Oliveira partem a análise da arbitrabilidade objetiva a partir da identificação da patrimonialidade e da disponibilidade. A patrimonialidade está vinculada a concepção de ser possível realizar a apreciação econômica do objeto. Para compreensão da indisponibilidade, ainda com fundamento nas lições de Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Estafam, deve-se partir da premissa de que a convenção de arbitragem é contrato privado da Administração, passíveis de serem controladas pelos Tribunais de Contas, além de a autoridade que celebra a convenção necessariamente ter poderes para tanto. Somado a isso, a doutrina criou parâmetros que parte dos (i) interesses públicos primários e secundários, (ii) diferença entre atos de império e atos de gestão, (iii) ordem pública, (iv) reconhecimento pela Administração de que não tem razão, (v) direitos transacionáveis ou renunciáveis e, (vi) direitos alienáveis[30].

Nessa esteira, são disponíveis aqueles direitos que decorrem de atos de gestão.

Isso porque, os atos de império têm em sua subjacência a prerrogativa especial da Administração de sujeitar os particulares aos seus mandos, geralmente com traços de autoexecutoriedade, de presunção de veracidade, além de outras aparentes exorbitâncias legalmente autorizadas à Administração.

Os atos de gestão, por sua vez, são disponíveis e decorrem de situações que a Administração age em regime de igualdade com os particulares. A título de exemplo, Estefam e Oliveira esclarecem que nos contratos com a Administração Pública alguns temas são passíveis de arbitragem, como os termos que disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço, as cláusulas econômico-financeiras e monetárias que buscam estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, disposições sobre as

[30]ESTEFAM, Felipe Faiwichow; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 80

consequências patrimoniais advindas do uso das prerrogativas administrativas, como o caso de dever de indenizar. Ainda, não necessariamente o edital da licitação que precedeu ao contrato deverá conter previsão de arbitragem, como também não há a necessidade de existência de cláusula compromissória, tendo em vista que a Administração ainda poderá se valer do compromisso arbitral para resolver o litígio específico[31].

Esse posicionamento está disposto no Enunciado n. 2 da I Jornada "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios" do CJF: *Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral".* Também o Superior Tribunal de Justiça decidiu da mesma forma ao julgar o Recurso Especial n. 904.813/PR, consignando expressamente que o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação não invalida o compromisso arbitral.

De outro norte, conflitos envolvendo poderes administrativos são inarbitráveis, até mesmo porque a instrumentalidade inerente aos poderes confere a eles a função de ser meio para realização de atos de império.

Analisando sobre o prisma da adequação, seria estranho vislumbrar uma situação envolvendo poder de polícia sendo discutida em sede de arbitragem, ou até mesmo um decreto de utilidade pública que prepara uma desapropriação. Neste ponto, é importante destacar que a consequência patrimonial decorrente do ato de império que caracteriza a desapropriação não encontraria o mesmo obstáculo, sendo, por exemplo, o valor da indenização tema dotado de arbitrabilidade, inclusive nos termos da Lei n. 13.867/2019 que expressamente autorizou a opção pela mediação ou arbitragem para definição dos valores de indenizações nas desapropriações por utilidade pública.

Desta feita, não há colisão entre arbitragem e indisponibilidade do interesse público, na medida em que o que sempre esteve fora da possibilidade de transação da Administração, dessa forma ainda continua.

Em nenhum momento flexibiliza-se o regime jurídico administrativo para comportar a arbitrabilidade do litígio, diferentemente, interpreta-se o princípio dando dimensão normativa, eliminando a "geleia geral" mencionada por Carlos Ari Sundeld, limpando a visão generalista simplória de que todo e qualquer ato da Administração é

[31]ESTEFAM, Felipe Faiwichow; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 81.

revestido de prerrogativas especiais inalienáveis, possibilitando que disputas meramente patrimoniais que versem sobre direitos disponíveis tenham outras portas para abrir e buscar a solução.

5.2. LEI N. 13.140/2015: AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A partir da análise da Lei de Arbitragem, foi possível identificar a existência de resolução de controvérsia diferente da jurisdição estatal para questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis da Administração. Neste ponto, abrem-se duas portas dentro das soluções heterocompositivas, uma que se vale dos poderes institucionalizados para dirimir litígios, e outra que se vale do consenso entre Administração e administrado em escolher via convenção de arbitragem o juízo arbitral.

Diante desse cenário, e partindo dos mecanismos conhecidos para solução de disputas, questiona-se: a administração pública pode realizar acordos? Isto é, poderia a Administração, da mesma forma que é parte na arbitragem, ser parte em uma mediação, conciliação ou até mesmo negociação?

Aparentemente, a própria Lei da Arbitragem aponta para resposta positiva, como se infere do artigo 1º, § 2º: *"a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações".* Se a lei atribui competência é porque a resposta é afirmativa, podendo a Administração, ao menos a direta, transacionar.

Essa situação foi ainda mais confirmada por meio da Lei n. 13.140/2015 que regulou duas espécies de mediação, uma entre particulares e outra com a Administração Pública. Em verdade, em relação à segunda a lei é mais abrangente em seu preâmbulo, informando que trata da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Desta arte, ao menos em relação ao início, o que se espera é a regulação geral não somente da mediação, como também da própria conciliação e negociação.

Essa sensação preambular se concretiza no curso do diploma, na medida em que na primeira parte cuida realmente da disciplina legal da mediação entre particulares, e no Capítulo II regula a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Isso significa que cuidou tanto da Administração Direta quanto da

Administração Indireta, disciplinando na seção I de disposições comuns a todas as Pessoas Políticas, e na seção II disciplinando questões específicas à União.

Autoriza-se, por meio do artigo 32, a criação no âmbito da advocacia pública a criação de câmara de prevenção de litígio e resolução administrativa de disputas, com competência para dirimir conflitos entre órgãos da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos por meio da composição, no caso da controvérsia entre particular e Administração Pública; promover, quando couber, termo de ajustamento de conduta. O legislador se preocupou tanto com as disputas intra-administrativas, ocorridas dentro das estruturas da Administração, como também com as controvérsias envolvendo a Administração e o particular. Fechando ainda o quadro competencial dessas câmaras preventivas, autorizou a firmar termo de ajustamento de conduta, prática já realizada pelo Ministério Público de forma geral quando possível reparar ou evitar o dano sem a necessidade de ajuizamento de ação civil pública.

Paulo Eduardo Alves da Silva, ao analisar a Lei de Mediação destaca para essa natureza distinta do Capítulo II:

> A segunda parte da Lei de Mediação, bastante distinta da primeira, disciplina a autocomposição de conflitos em que for parte a Administração Pública. A principal inovação parece ser a autorização para a criação de câmaras de prevenção e resolução de conflitos no âmbito da própria Administração, que servirão de importante filtro à judicialização de conflitos desta natureza. A lei se restringe principalmente a conflitos entre os órgãos da administração. Conflitos entre particulares e a Administração também foram regulados, mas não com a mesma intensidade e diversidade de opções de resolução. Com ainda mais restrições de uso estão os conflitos de natureza tributária, que também compõe parte considerável dos processos judiciais no Brasil, mas foram contemplados como autoriza ressalva no âmbito legal (art. 38)[32].

Nessa esteira, o ordenamento autoriza que a Administração também promova a autocomposição, o que inclusive é dever decorrente da autotutela e observância dos princípios constitucionais quando reconhece que está errada na disputa com o particular. Isso reforça também a instauração de um sistema multiportas também dentro da resolução de controvérsias envolvendo a Administração.

[32]SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 24.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo analisar os meios de resolução de controvérsia que convivem hoje no ordenamento com a jurisdição estatal, e refletir em que medida são passíveis de serem utilizados também em situações envolvendo a Administração Pública. Neste panorama, foi contextualizada as categorias conhecidas hoje no sistema brasileiro de disputas, sistematizando em dois grandes grupos conforme o critério da solução que pode ser obtida ou via acordo ou via decisão.

Nas soluções via acordo, três categorias se destacam, sendo elas a negociação, a conciliação e a mediação. As soluções via negociação se diferenciam das duas últimas por não envolver terceiros, assumindo as partes o papel de dialogar, identificar interesses, e propor solução à disputa. Na conciliação e na mediação as partes buscam terceira pessoa para intermediar a controvérsia e auxiliar na pacificação, diferenciando-se a primeira da segunda em razão de ser admitido ao conciliador propor solução, enquanto o mediador deve somente auxiliar as partes a limpar a névoa do litígio e buscarem por si solver o conflito.

Nas soluções heterocompositivas via decisão, ao lado da jurisdição estatal foi instituída a arbitragem privada, por meio da qual as partes previamente concordam se submeter a decisão de um árbitro, conforme disciplina da convenção de arbitragem. Por mais que a solução advenha de terceiro, como no caso da sentença judicial, na arbitragem há um consenso anterior que legitima a imposição da solução e confere competência ao árbitro. Conferindo ainda mais força às convenções de arbitragem, a sentença arbitral, nos termos do Código de Processo Civil tem natureza de título executivo judicial, razão pela qual caso a parte descumpra, subsidiariamente a parte poderá ainda se valer da estrutura do Estado-juiz e todo monopólio da força para obtenção do bem da vida.

Se de um lado foram apresentados os meios alternativos para solução de controvérsias utilizados hoje no Brasil, de outro, ao menos em um primeiro momento, restou o questionamento se seria possível também funcionarem em situações envolvendo a Administração Pública. De início, vislumbrou-se possível barreira decorrente da supremacia e indisponibilidade do interesse público, que desautorizaria qualquer mecanismo que não fosse a jurisdição estatal, eivando inclusive de possível inconstitucionalidade normas autorizativas nesse sentido.

Entretanto, a abertura conceitual do princípio não é salvo-conduto para extrair dele tudo aquilo que bem entender, sendo indispensável perquirir a respeito de seu conteúdo mínimo para adequar os anseios e valores públicos ao regime jurídico administrativo posto. Se é certo que a indisponibilidade é princípio basilar de direito público, mais certo ainda que a resolução célere de conflitos que traga pacificação social é objetivo coletivo a ser perseguido pela Administração. É neste panorama que se desenha o arcabouço institucional que institui um sistema multiportas também para litígio envolvendo a Administração Pública, respeitando os limites que são impostos pela Constituição, autorizando tanto a arbitragem em casos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, quanto autocomposição por meio de câmaras específicas.

Se de um lado há substrato no ordenamento que permite concluir pela existência de sistema multiportas para solução de disputas da Administração, de outro o tema ainda tem espaço para evolução. Isso porque, atualmente atravessa-se pela fase de institucionalização formal de um sistema multiportas, o que exige, além do reconhecimento de meios alternativos disponíveis para Administração, também avaliar a qualidade do acesso à justiça pelos diferentes métodos.

7. Referências

ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313/45714>;

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2019;

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo, Atlas, 2011;

ESTEFAM, Felipe Faiwichow; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Curso prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019;

GABBAY, Daniela Monteiro. Negociação. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005;

NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SUNDFELD. Carlos Ari. **Direito Administrativo pra céticos.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

WATANABE, Kazuo. Modalidades de Mediação. In: **Série Cadernos do CEJ**, Brasília, Conselho de Justiça Federal, n. 22, p. 43-50, 2001.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Administração Pública no Direito Brasileiro. In: **Revista Brasileira da Advocacia**, vol 9. Abr/jun 2018, pp. 19-41.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 29, pp. 66-71. Out-dez/1999;

TELETRABALHO: A RELAÇÃO ENTRE TRABALHADOR, JORNADA DE TRABALHO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO

Mariana Fiorim [1]
Jamile Gonçalves Calissi [2]
ORNELAS, Renato Passos [3]

O objetivo da pesquisa é analisar a violação do direito à desconexão do trabalho, no Brasil, partindo de uma perspectiva legislativa, doutrinária e sociológica das relações do trabalhador como pessoa humana inserida no contexto do teletrabalho. O objetivo geral desse estudo é desenvolver uma crítica às situações em que o teletrabalho é constituído de tal forma que o indivíduo perde a noção entre jornada de trabalho e vida pessoal gerando prejuízos significativos em sua qualidade de vida decorrentes da violação de direitos fundamentais e trabalhistas. A abordagem metodológica é a pesquisa bibliográfica, no panorama das legislações vigentes, perspectivas doutrinárias e das ações políticas concebidas para combater a problemática, ante a dinâmica das relações reguladas pelo Direito do Trabalho.

Palavras-chaves: Direito do Trabalho; Teletrabalho; Desconexão do Trabalho; Trabalhador; Jornada de Trabalho.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Mestranda em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Araraquara (UNIARA).
[2] Doutorado e Mestrado (Bolsista Integral CAPES) em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Coordenadora do grupo de Pesquisa em Direito Constitucional Contemporâneo, Constitucionalismo Global e Globalização da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), jamile.calissi@uemg.br. Professora Titular no Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara (UNIARA), jgcalissi@uniara.edu.br. Professora das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab.
[3] Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Araraquara (UNIARA). rpornelas@uniara.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 foi um ano atípico para o Brasil, especialmente no que tange ao trabalho do cidadão brasileiro que em decorrência da pandemia do novo coronavírus se viu inserido em um contexto de enormes mudanças já que o trabalho presencial, no geral, envolve o contato com os colegas de trabalhos e demais integrantes de seu ambiente de exercício da profissão. Assim, logo que constatado que as formas de transmissão do vírus envolviam o contato com secreções de um indivíduo contaminado, toda estrutura do trabalho presencial se tornou potencialmente de risco, o que acarretou uma série de mudanças que serviram de base para deixar em evidência e gerar enormes debates sobre uma modalidade de trabalho que já existia, mas não com a força que obteve no cenário da pandemia: o teletrabalho.

É essencial a visão de que o teletrabalho possui uma previsão no ordenamento brasileiro que está inserido na Lei 13.467/2017, a lei da Reforma Trabalhista. Assim, se torna possível fazer uma análise dos efeitos práticos da legislação que para além do julgamento positivo ou negativo no âmbito moral, se mostrou indubitavelmente imprescindível para a sociedade brasileira nesse contexto em que o trabalho presencial, até então majoritário no país, se choca frontalmente com o alto contágio do coronavírus.

Ademais, vale ressaltar que o Teletrabalho não ocupou sozinho o pódio de modalidade de trabalho que foi bandeira de salvação dos brasileiros na pandemia do novo coronavírus, o Home Office dividiu também o primeiro lugar. Para fins deste estudo o foco será o Teletrabalho visto que em se tratando dele e de todos seus desdobramentos sociais, legislativos e doutrinários já se tem um extenso inesgotável conjunto de debates.

Assim sendo, o lugar de destaque do Teletrabalho oferta também uma narrativa para além da rigidez legislativa e da abrangência doutrinária: um olhar sobre o trabalhador como pessoa humana. O trabalhador e seu papel muitas vezes se diluem e se misturam tornando complexa a distinção entre um e outro, contudo, essa distinção não pode ser ignorada já que é nela que reside o caráter humanista do trabalho, é nessa parte que o Direito Trabalhista mostra com todo vigor o brilho dos valores éticos que o constituem, e que são parte da própria concepção do Direito como ciência jurídica que

rege relações sociais de modo a preservar o bem estar social e evitar a barbárie da autotutela.

A dignidade do trabalho humano é um direito fundamental de natureza social, consagrado na Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um princípio-norma que impõe ao Estado e à sociedade o dever de assegurar condições dignas de trabalho aos trabalhadores, visando à realização da sua plena cidadania. A dignidade do trabalho humano é um valor universal, que representa uma conquista histórica da humanidade. Ela é essencial para o desenvolvimento da pessoa humana, pois possibilita a sua realização pessoal e profissional, contribuindo para a sua autonomia, independência e bem-estar.

Portanto, nesse trabalho todo o texto é pautado na legislação, doutrina e concepções sociológicas que vão sempre tender para a visão do trabalhador como sujeito histórico na sociedade brasileira, como sujeito que tem garantias salvaguardadas pela lei e que são invioláveis em tese, mas que na prática ainda existem uma série de fatores a serem aprimorados.

Dentro desses fatores o Teletrabalho encontra como grande algoz a linha tênue entre a vida pessoal do trabalhador e sua jornada de trabalho, que estão inseridas no contexto da violação ao direito de desconexão do trabalho.

Tratam-se no presente artigo da conceituação do Teletrabalho para tornar simplificada a compreensão global do tema, após isso é tratado de maneira sintetizada a regulamentação jurídica do Teletrabalho na legislação brasileira e fechando o primeiro capítulo abrimos um paralelo entre a jornada de trabalho dentro do Teletrabalho e seus desdobramentos cabíveis; da jornada de trabalho com o direito à desconexão do trabalho, tal abordagem sempre considerando a pessoa humana do trabalhador como parte de uma relação de trabalho que mesmo regida por leis ainda encontra impasses fáticos e cotidianos que culminam na violação do direito à desconexão que por si só já é problemático mas quando colocado sob o ponto de vista do trabalhador como pessoa humana ganha dimensões por vezes catastróficas resultando desde prejuízos irreparáveis à vida afetiva do trabalhador e também à sua saúde mental; e ao final, mecanismos que asseguram o direito de se desconectar do trabalho, não só partindo do propósito de

valores morais do Direito Trabalhista para com a pessoa humana do trabalhador como também evidenciando o que o empregador tem a ganhar executando esses mecanismos.

Assim sendo, o presente trabalho parte da premissa do Direito Trabalhista no contexto da modalidade Teletrabalho, ser provedor de respostas eficazes do ponto de vista de um tratamento digno para o trabalhador, sua saúde mental e relacional, assim como para a finalidade lucrativa do empregador que com dinâmicas saudáveis aumenta a longevidade empreendedora de seus negócios e cultiva um ambiente de trabalho saudável para ambos os componentes da relação trabalhista.

2. O TELETRABALHO: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA

Quando se trata da modalidade Teletrabalho, é válido ressaltar que existem múltiplas conceituações já que dentro das literaturas tanto de âmbito nacional quanto internacional é existente tanto várias formas de conceituar um termo específico quanto um termo específico que serve, para fins didáticos geralmente, para fazer alusão a peculiaridades do tema (SILVA, 2019, p.9).

Assim sendo, escolher uma conceituação que englobe o trabalhador e os elementos que constituem a relação trabalhista no Teletrabalho é fulcral para este estudo, pautado em partir do trabalhador para ir ramificando a problemática do direito à desconexão do trabalho.

Dessa forma, o conceito a ser analisado neste primeiro momento será o da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de que o teletrabalho se caracteriza fundamentalmente por uma modalidade em que o principal elemento é o distanciamento do trabalhador com seus colegas de trabalho, visto que é realizado longe dos escritórios e oficinas centrais. Dessa maneira o contato presencial é substituído pelo contato virtual e dessa maneira surgem as dinâmicas do exercício da profissão (SILVA, 2019, p.9).

Temos então, a partir de uma análise primária do conceito da OIT sobre o Teletrabalho podemos obter elementos bem definidos: trabalhador e ambiente virtual como parte da jornada de trabalho. Primeiro é importante entender que no contexto da pandemia brasileira houve uma adoção a priori temporária do Teletrabalho e isso acarretou uma transição do trabalho presencial para o ambiente virtual muito abrupta e

que evidenciou uma defasagem tecnológica por parte de muitos profissionais, tal defasagem está sendo paulatinamente superada e é um dos tópicos que evidencia a importância da comunicação das partes que constituem a relação trabalhista.

Em se tratando do ambiente virtual, é importante destacar que existe também uma readaptação necessária do trabalhador, pois questões como etiqueta digital, entram no debate, já que como contexto de entretenimento já é bem consolidado o entendimento sobre a maneira de agir nas redes sociais, mas quando se fala do posicionamento profissional, existem atitudes como vestimenta para videoconferências e horários para contactar os trabalhadores que devem ser observadas.

Quando abordamos a natureza jurídica do Teletrabalho nos deslocamos para a Lei n. 13.467/2017 que em se tratar de seu conteúdo acerca dessa modalidade de trabalho, surgiu com o intuito de diferenciá-la dos demais contextos trabalhistas, como por exemplo o Home Office, e para além disso também tornar possível a delimitação dentro da jornada de trabalho do Direito ao Lazer para o trabalhador, que é assegurado constitucionalmente ao indivíduo (MIRANDA et al., 2018, p.111).

3. O TELETRABALHO NA CLT: DA REGULAMENTAÇÃO INICIAL À REFORMA TRABALHISTA

O teletrabalho é uma forma de trabalho na qual o empregado desempenha suas atividades fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação. O teletrabalho é uma modalidade de trabalho que vem se tornando cada vez mais comum no Brasil, em razão do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação e da pandemia da COVID-19.

O teletrabalho foi regulamentado pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A Lei nº 13.467 definiu o teletrabalho como "a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo".

A Lei nº 13.467 estabeleceu as seguintes regras para o teletrabalho como: o teletrabalho deve ser acordado por escrito entre o empregador e o empregado; o

empregador deve fornecer ao empregado os equipamentos e a infraestrutura necessários para o trabalho remoto; o empregado deve arcar com os custos de manutenção dos equipamentos e da infraestrutura utilizados para o trabalho remoto; o empregador deve assegurar a segurança e a saúde do empregado no trabalho remoto; o empregado tem o direito de receber o mesmo salário e benefícios que um empregado que trabalha presencialmente; o empregado tem o direito de se afastar do trabalho remoto por motivos de saúde, maternidade, paternidade, licença-paternidade, entre outros.

A Lei nº 14.442, de 12 de julho de 2022, promoveu diversas alterações na regulamentação do teletrabalho na CLT. As principais alterações foram as seguintes: o teletrabalho pode ser adotado por acordo individual escrito ou por convenção ou acordo coletivo de trabalho; o empregador não é obrigado a fornecer ao empregado os equipamentos e a infraestrutura necessários para o trabalho remoto; o empregado pode optar por realizar o teletrabalho fora da localidade prevista no contrato de trabalho, desde que assuma as despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial; o empregador deve garantir a segurança e a saúde do empregado no trabalho remoto, inclusive com a realização de exames médicos periódicos; o empregado tem direito a receber adicional de insalubridade ou periculosidade, se o trabalho remoto for realizado em condições insalubres ou perigosas.

E é nesse ponto de horários e Direito ao Lazer que se encontra o cerne da questão do direito a desconexão do trabalho. Os horários que fazem parte da jornada de trabalho na modalidade do Teletrabalho se encontram em uma tênue linha que envolve tanto o comprometimento do trabalhador com seu próprio bem estar e também do empregador. Em termos práticos, um dos desdobramentos comuns do trabalho à distância é um dilema entre a flexibilidade do local de trabalho e a vida pessoal. Assim, não há que se falar no que está disseminado no senso comum que apenas o empregador que exerce pressão sobre o trabalhador para que ele produza, já que atualmente existe também uma autocobrança que vem colaborar com esse desgaste do trabalhador na jornada de trabalho e não necessariamente envolve as ações do empregador. Evidencia-se aqui um dos mecanismos para a boa dinâmica do desconectar do trabalhador que seria o estabelecimento de horários fixos, assunto que será mais aprofundado no terceiro

capítulo.

4. O TELETRABALHADOR: JORNADA E O DIREITO DE SE DESCONECTAR DO TRABALHO.

Quando abordamos o rol de direitos fundamentais do cidadão brasileiro e o colocamos em paralelo a legislação que vem abordar o Teletrabalho como modalidade cada vez mais presente no que chamamos de sociedade informacional doutrinariamente conhecida pela inserção de dinâmicas sociais e comerciais dentro do âmbito do espaço virtual e redes sociais, entendemos também que é da própria essência do teletrabalho ser de certo modo extremamente propício ao cometimento de violações ao Direito ao Lazer, Saúde e Limitação da jornada de trabalho, garantias asseguradas pelo princípio da dignidade humana daqueles que se submetem à essa modalidade trabalhista (LAMBERTY; GOMES, 2017,p.13)

Contudo, mesmo que a Reforma Trabalhista e lei posterior possa ser vista de certo modo como prejudicial ao trabalhador ao deixar certos pontos em aberto que deveriam ser passíveis de rigidez pois se conectam com preceitos fundamentais, tal conduta se justifica não em totalidade, mas em partes, de um cenário econômico característico do Brasil, país ainda em fase de desenvolvimento que não conta com uma série de garantias que assegurem maior paridade e segurança para o empregador na hora da contratação.

Mesmo assim, jamais devemos deixar de visualizar o trabalhador como parte hipossuficiente da relação trabalhista. O grande ponto é entender que a relação trabalhista parte da segurança econômica e jurídica do empregador poder contratar e todo esse processo continua evidenciando tanto fragilidades acerca do perfil empregador brasileiro quanto do perfil do empregado brasileiro, são relações profundas que se vistas microscopicamente desaguam em uma estrutura muito mais profunda que é o Capitalismo.

Assim sendo e partindo de uma interpretação fatídica da atual situação do Direito à desconexão ao Teletrabalho no Brasil, é importante considerar toda carga que recai sobre o empregador desta modalidade mas também, assim como se dispõe o

presente trabalho, destacar que existem saídas para preservar a dignidade da pessoa humana do teletrabalhador e encontrar saídas para que exista um equilíbrio na relação e benefício econômico para ambas as parte, e que isso não venha a custo da saúde mental e afetiva do trabalhador.

Indo mais profundamente e entrando em um tópico bastante relevante, é de bastante valia fazer um paralelo entre o que temos por Direitos Humanos e o que temos por direitos econômicos, o segundo envolvendo diretamente as relações intermediadas pelo Direito Trabalhista e o primeiro evidenciando o sujeito central deste trabalho: O trabalhador como pessoa humana.

A fundamentação jurídica do Direito à Desconexão encontra respaldo em princípios e normativas legais, tanto em âmbito internacional quanto nacional. Normativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como a Convenção nº 171 e a Recomendação nº 193, destacam a necessidade de garantir o equilíbrio entre trabalho e vida pessoal, o que corrobora a essência do Direito à Desconexão.

No contexto nacional, legislações trabalhistas devem ser adaptadas para incorporar essa prerrogativa, conferindo-lhe status legal e definindo suas diretrizes. A reformulação ou criação de leis específicas que estabeleçam os limites e os meios de implementação do Direito à Desconexão são fundamentais.

Entendendo assim que os Direitos Humanos não só fazem parte desse processo como são o grande regente do que se constituiria pelos direitos econômicos e demais direitos. Portanto, as situações de crise, pobreza, insuficiente acesso a bens de consumo, saúde, cultura não deve ser só vistos como um problema apenas do direito econômico em seu panorama trabalhista, mas também como um reflexo direto da distância teoria e prática dos direitos fundamentais das pessoas humanas (VEIGA et al., 2020, p.114)

Tal constatação supracitada só vem acrescentar na relevância de abordar o tema do desconectar do trabalho por parte do trabalhador, que é essencialmente parte do seu rol de direitos como pessoa humana. No momento em que esse direito é violado, todo o sistema de injustiças sociais é reafirmado e problemas como a desigualdade social são suscitados, visto que se houver uma violação grave por parte do empregador isso torna grande parte da população inapta para um teletrabalho que muitas vezes se capacitou

para exercer, apenas por não terem disponibilidade para abandonar a própria dinâmica de vida e viver em prol do trabalho em horários inadequados. Um exemplo prático seriam aqueles trabalhadores que possuem dinâmicas sociais que os obrigam a destinar tempo aos seus familiares e que não tem a opção, mesmo que precisem muito da renda proporcionada pelo teletrabalho, de destinar o tempo que beira os limites do abusivo para trabalhar.

Além disso, todos os que se submetem à violação desse direito estão sujeitos a prejuízos irreparáveis no nível psicológico e relacional. Esses casos se tratam de um nível de violação totalmente insalubre do direito à desconexão do trabalho, mas é importante ressaltar que a violação de direitos não é necessariamente explícita muitas vezes é paulatina o que torna mais difícil ainda dimensionar o tamanho do dano gerado ao trabalhador submetido à essas dinâmicas.

A título de curiosidade comparativa e de potencial encaixe sobre o que foi supracitado, temos que na legislação francesa o compromisso de desconexão e saúde do trabalhador é do empregado e do trabalhador em igual medida sendo prevista em lei art. L. 4121-1 do Código do Trabalho Francês (GAURIAU, 2020, p.159).

Portanto, tal debate é essencial para o Brasil e já não é inovação também em outros países, como por exemplo a França. Isso demonstra que a relevância do tema ultrapassa os limites das realidades sociais e legislativas, o que vai de encontro com o fato de estar totalmente direcionado aos Direitos Humanos na sua função de garantir a dignidade da pessoa humana.

Também é válido lembrar que como modalidade de trabalho que envolve geralmente o distanciamento social, o Teletrabalho tem intrínseco o potencial de gerar desgastes afetivos para o trabalhador, que de posse de toda sua dignidade e direitos reprodutivos, de saúde, lazer e cultura se vê preso em um exercício que exige, não raras vezes, afastamentos de seus entes queridos.

Ademais a incessante presença da tecnologia na relação de trabalhista do Teletrabalho gera um desgaste que apenas com a garantia do direito da desconexão do trabalho é possível ser reparado. A partir do momento em que o direito à desconexão é assegurado ocorre um acesso do trabalhador aos seus demais direitos, especialmente os

fundamentais, é nesse momento em que a relação trabalhista se equilibra e que é colocado um limite saudável e sustentável entre o trabalhador e o trabalho (OLIVEIRA, 2015, p.45).

É importante salientar que o teletrabalho também traz desafios e questões relacionadas aos Direitos Humanos que precisam ser considerados e endereçados de maneira adequada. A falta de limites claros entre vida pessoal e profissional, a possível sobrecarga de trabalho, a dificuldade de desconectar-se e a potencial exclusão social são algumas das questões que merecem atenção.

Os Direitos Humanos são uma base fundamental da convivência social, estabelecendo padrões mínimos de dignidade e liberdade que devem ser respeitados e protegidos em todas as circunstâncias. Esses direitos são universais, interdependentes e inter-relacionados, abrangendo questões como direito à vida, liberdade, igualdade, educação, saúde, trabalho digno, entre outros.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, é um dos pilares do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos. Ela estabelece os direitos básicos que todos os seres humanos possuem, independentemente de raça, nacionalidade, gênero, religião ou qualquer outra condição.

O teletrabalho, apesar de oferecer flexibilidade e vantagens, pode impactar diretamente alguns direitos fundamentais. Um dos aspectos cruciais é a necessidade de garantir que os trabalhadores que optam por essa modalidade mantenham seus direitos humanos intactos e respeitados.

O direito ao trabalho digno é um dos pilares dos Direitos Humanos relacionados ao teletrabalho. É fundamental garantir que as condições de trabalho sejam justas, seguras e saudáveis, independentemente do local onde são realizadas as atividades laborais. Os empregadores têm a responsabilidade de assegurar que o teletrabalho proporcione condições adequadas, evitando a exploração e a sobrecarga dos trabalhadores.

O teletrabalho deve ser oferecido de forma igualitária, sem discriminação com base em gênero, raça, idade, deficiência ou qualquer outra característica. É essencial que

as políticas de teletrabalho sejam inclusivas e garantam que todos os trabalhadores tenham igualdade de oportunidades e tratamento justo.

Os empregadores têm a responsabilidade de garantir que os trabalhadores em teletrabalho possuam um ambiente de trabalho seguro e saudável em suas residências. Isso envolve fornecer orientações sobre ergonomia, segurança digital e medidas preventivas para evitar lesões e problemas de saúde relacionados ao trabalho.

O teletrabalho não deve infringir a liberdade e integridade pessoal dos trabalhadores. Isso significa que os empregadores não devem invadir a privacidade dos colaboradores e devem respeitar os limites de horário de trabalho estabelecidos.

Ressalte-se que o teletrabalho em alguns casos, os empregadores podem adotar práticas de monitoramento excessivamente invasivas, violando a privacidade dos trabalhadores. É fundamental estabelecer políticas que protejam a privacidade e promovam um ambiente de confiança. Também pode levar ao isolamento social, especialmente para aqueles que preferem ou necessitam do contato humano no ambiente de trabalho. As organizações devem adotar estratégias para mitigar esse problema, como reuniões virtuais regulares e atividades de integração online.

O cerne deste artigo, é o direito à desconexão, que tem ganhado destaque recentemente, é um componente essencial dos Direitos Humanos relacionados ao teletrabalho. Garantir que os trabalhadores tenham o direito de desconectar-se após o expediente é crucial para manter o equilíbrio entre a vida profissional e pessoal, preservando a saúde mental e física dos indivíduos.

Para garantir que o teletrabalho respeite os Direitos Humanos e traga benefícios efetivos para os trabalhadores e as organizações, a implementação de regulamentações adequadas é fundamental. Essas regulamentações devem abordar questões como limites de jornada de trabalho, direito à desconexão, segurança no trabalho remoto e direitos trabalhistas básicos.

Além disso, é fundamental promover boas práticas por meio de sensibilização, formação e educação tanto para os empregadores quanto para os trabalhadores. Os empregadores devem ser incentivados a adotar políticas inclusivas, respeitando a diversidade e garantindo que todos os trabalhadores, independentemente de sua

modalidade de trabalho, tenham direitos iguais.

É crucial que essa transformação seja feita de maneira responsável, respeitando e promovendo os Direitos Humanos de todos os trabalhadores envolvidos.

A interseção entre teletrabalho e Direitos Humanos traz desafios e oportunidades. É necessário encontrar um equilíbrio adequado para garantir que o teletrabalho promova não apenas a eficiência e a produtividade, mas também o bem-estar, a igualdade e a dignidade de todos os indivíduos.

O direito à desconexão é uma garantia fundamental ao trabalhador na modalidade de trabalho à distância, de modo que todo trabalhador tem o direito a um tempo de lazer, descanso físico e mental, pois esse direito à desconexão seria uma forma de repouso do empregado.

Amauri Mascaro Nascimento (2013, p. 788) afirma que:

> o tempo livre permite ao homem o desenvolvimento integral da sua personalidade quando se dedica a outras atividades diferentes do trabalho profissional e que lhe facilitem o convívio familiar, com amigos, horas de entretenimento, estudos, convivência religiosa, prática desportiva, leitura de jornais e revistas, passeios, férias e tudo o que possa contribuir para a melhoria da sua condição social. [...] A limitação do tempo de trabalho é definida em função do fator dia, semana, mês e ano, daí a disciplina legal sobre a jornada diária de trabalho e os máximos permitidos pelas leis ou pelas convenções coletivas de trabalho e os intervalos de descanso e alimentação, o direito ao repouso semanal remunerado [...]

Através de uma legislação robusta, políticas organizacionais conscientes e uma abordagem ética e inclusiva, é possível criar um ambiente de teletrabalho que esteja alinhado com os princípios dos Direitos Humanos.

5. GARANTIA DO DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO

A notoriedade do tema da garantia à não violação ao direito à desconexão no contexto do Teletrabalho é fascinante especialmente sob a perspectiva de que o trabalho em si dignifica o indivíduo , proporciona um papel frutífero na sociedade, contudo, o desequilíbrio de trabalhar em excesso mostra uma face do trabalho que por vezes é ocultada, aquela em que ele pode até mesmo levar o indivíduo à invalidez, ou seja, a

jornada de trabalho quando fora dos limites do humanamente concebível é fator de deterioração da integridade mental e física do indivíduo (SILVA, 2019, p.52).

Seguindo este raciocínio é fulcral a observância de julgados dos Tribunais Brasileiros em relação à temática, pois na observância do caso prático que temos um panorama melhor em relação aos efetivos efeitos da legislação e doutrina de modo a garantir o direito do teletrabalhador a se desconectar (SILVA, 2019, p.55)

As jurisprudências acerca dos casos de violação ao direito de desconexão do teletrabalho sempre vão se constituir em uma das ferramentas mais efetivas para medir em último grau os mecanismos a serem empregados nos casos da violação desse direito.

Portanto, a união entre o debate doutrinária, legislativo e jurisprudencial, constitui um conjunto de meio efetivos para a amenização da problemática abordada no presente artigo. E como método preventivo existem algumas medidas informais que podem eventualmente ser formalizadas que são mais comuns para equilibrar a relação de teletrabalho, entre estas o supracitado acordo entre empregador e teletrabalhador em estabelecer em diálogo horários fixos para tudo que estiver relacionado ao trabalho, mantendo tal medida como niveladora tanto da produtividade do trabalhador quanto da lucratividade do empregador de forma ética e sustentável.

No cerne deste capítulo sobre a garantia do direito à desconexão do trabalho, encontra-se um tema premente no contexto contemporâneo. O avanço tecnológico tem integrado cada vez mais o trabalho à vida pessoal, demandando a definição clara e a proteção desse direito. A desconexão é crucial para evitar a perpetuação da jornada laboral para além do expediente estabelecido, respeitando a necessidade de descanso e lazer do trabalhador.

O respeito ao direito à desconexão não apenas se traduz em benefícios para a saúde física e mental do indivíduo, mas também em ganhos para a produtividade e eficiência no ambiente de trabalho. A sobrecarga constante de tarefas e comunicações laborais fora do horário estabelecido pode levar à fadiga, queda de desempenho e até mesmo ao aumento do absenteísmo.

A legislação deve acompanhar essa evolução, garantindo diretrizes claras sobre o direito à desconexão, com limites de jornada bem definidos e sanções para o

descumprimento. Além disso, é fundamental que as organizações promovam uma cultura que valorize e respeite esse direito, conscientizando os colaboradores sobre a importância de desconectar-se e estabelecendo práticas que efetivem essa separação entre vida profissional e pessoal.

O direito à desconexão no contexto do teletrabalho é uma temática central no mundo contemporâneo, influenciado pela rápida evolução tecnológica e pelas mudanças no ambiente laboral. Trata-se de um conceito crucial que visa estabelecer limites entre a vida profissional e pessoal, promovendo o equilíbrio entre essas esferas e, consequentemente, o bem-estar e a eficiência dos trabalhadores.

Leciona o jurista Jorge Luiz Souto Maior (2003, p. 310):

> Os períodos de repouso são, tipicamente, a expressão do direito à desconexão do trabalho. Por isto, no que se refere a estes períodos, há de se ter em mente que descanso é pausa no trabalho e, portanto, somente será cumprido, devidamente, quando haja a desvinculação plena do trabalho.

Ademais, para Souto Maior (2003), a tecnologia que mantém o homem conectado e atualizado é também aquela que o escraviza aos meios de comunicação. Assim, o mesmo trabalho que dignifica o homem é o que retira essa dignidade dele.

O advento das tecnologias de comunicação trouxe consigo uma maior interconectividade e flexibilidade nas atividades laborais. No entanto, essa conectividade constante também gerou uma diluição das fronteiras entre o trabalho e a vida fora do ambiente profissional. Muitos trabalhadores enfrentam a dificuldade de desconectar-se do trabalho, mesmo após o expediente formal, devido às expectativas organizacionais e sociais de estar sempre disponível.

O direito à desconexão surge como uma resposta a essa problemática, garantindo que os colaboradores possam efetivamente se desligar das obrigações laborais durante o seu tempo pessoal. Isso não apenas resguarda a saúde mental e física dos indivíduos, mas também contribui para a melhoria da eficiência e produtividade no trabalho.

Uma jornada laboral que respeita o direito à desconexão permite que os trabalhadores descansem, se recuperem e se dediquem plenamente às suas atividades laborais quando estiverem no horário de expediente. Isso pode resultar em uma maior

concentração, criatividade, motivação e satisfação no trabalho, elementos essenciais para a eficiência e o bom desempenho no ambiente profissional.

Para que esse direito seja plenamente garantido, é necessário um apoio legislativo e organizacional. A legislação deve estabelecer limites claros para a jornada de trabalho, incluindo períodos de descanso e desconexão. As organizações, por sua vez, devem promover uma cultura que valorize o equilíbrio entre a vida profissional e pessoal, educando os colaboradores sobre a importância da desconexão e implementando práticas que a favoreçam.

Além disso, é essencial incentivar a conscientização sobre a relevância do direito à desconexão não apenas para o bem-estar individual, mas também para a eficiência e lucratividade das organizações. Os gestores e líderes desempenham um papel crucial nesse processo, pois ao demonstrar e praticar a importância da desconexão, influenciam positivamente toda a equipe.

Em síntese, o direito à desconexão não é apenas uma questão de respeitar o tempo pessoal dos trabalhadores; é um investimento estratégico nas pessoas que compõem a força de trabalho de uma organização. Ao promover esse direito, as organizações demonstram sua preocupação com o bem-estar dos colaboradores e, ao mesmo tempo, colhem os frutos de uma equipe mais saudável, feliz e produtiva.

No entanto, a implementação efetiva desse direito enfrenta desafios. A cultura de sempre estar disponível pode ser arraigada e difícil de modificar. Além disso, algumas profissões e setores podem ter dificuldades específicas em garantir a desconexão total devido à natureza de seu trabalho. Nesses casos, é necessário um esforço conjunto das partes interessadas para encontrar soluções adaptáveis e equitativas.

Um aspecto crucial é a educação e sensibilização contínua sobre a importância da desconexão para o bem-estar e a eficiência. Isso pode ser feito por meio de programas de conscientização, workshops e treinamentos que ensinem os trabalhadores a gerenciar seu tempo, estabelecer limites saudáveis e separar claramente os momentos de trabalho dos de descanso.

Além disso, é essencial promover práticas saudáveis de gerenciamento do tempo

e da carga de trabalho, como a definição de metas realistas, a organização eficiente das tarefas e o estabelecimento de horários de trabalho adequados. Incentivar pausas regulares durante o dia de trabalho também é uma estratégia eficaz para evitar o esgotamento e manter a produtividade.

A segurança laboral é um aspecto importante a ser considerado no teletrabalho. Os empregadores têm a responsabilidade de garantir que os trabalhadores possuam um ambiente seguro em suas residências, minimizando riscos para a saúde e a integridade física. Além disso, é fundamental estabelecer diretrizes claras para lidar com acidentes de trabalho ou situações de emergência durante o teletrabalho.

No âmbito organizacional, é fundamental que as políticas internas reflitam o compromisso com o direito à desconexão. Os gestores devem ser exemplares nesse aspecto, evitando enviar e-mails ou mensagens fora do horário de expediente e encorajando seus subordinados a fazer o mesmo. Além disso, a implementação de tecnologias que possibilitem o agendamento de mensagens e comunicações automáticas pode ser uma ferramenta valiosa para respeitar a desconexão dos colaboradores.

A adaptação ao teletrabalho, especialmente após os eventos desencadeados pela pandemia de COVID-19, torna o direito à desconexão ainda mais relevante. Com o aumento do trabalho remoto, é fácil cair na armadilha da sobreposição das fronteiras entre o trabalho e a vida pessoal. Portanto, estabelecer políticas claras que delimitem a jornada de trabalho e garantam o direito à desconexão se torna fundamental para a sustentabilidade e o bem-estar da força de trabalho.

É fundamental que o Brasil adote medidas para promover a desconexão saudável do trabalhador em regime de teletrabalho. Esta necessidade se baseia em questões de saúde física e mental, pois a constante disponibilidade pode levar a um desequilíbrio entre vida pessoal e profissional.

Em primeiro lugar, a implementação de leis e regulamentações que estabeleçam limites claros para a jornada de trabalho no teletrabalho é essencial. Estabelecer horários específicos para início e término das atividades laborais, assim como pausas regulares, é crucial para assegurar que o trabalhador tenha tempo para descanso e lazer.

Ademais, as empresas devem promover uma cultura que valorize a desconexão.

Isso pode ser alcançado por meio de campanhas de conscientização sobre a importância do equilíbrio entre vida pessoal e profissional, incentivando os funcionários a desligarem-se do trabalho após o expediente e a utilizarem seus direitos a férias e folgas.

A disponibilização de treinamentos sobre gestão do tempo e técnicas de produtividade pode contribuir para que os profissionais alcancem seus objetivos sem se sentirem obrigados a estar sempre disponíveis. Estimular o uso responsável da tecnologia e a prática de atividades físicas também são medidas relevantes, pois ajudam a melhorar a saúde física e mental dos trabalhadores.

Por conseguinte, é vital que as autoridades governamentais, empresas e sociedade em geral reconheçam a necessidade de equilibrar as facilidades do teletrabalho com a proteção ao bem-estar dos trabalhadores. A criação de políticas públicas que incentivem a desconexão, aliada à conscientização das organizações e dos próprios indivíduos, será fundamental para garantir um ambiente de trabalho mais saudável e produtivo no cenário do teletrabalho no Brasil.

Em conclusão, o direito à desconexão no contexto do teletrabalho representa uma evolução necessária das relações laborais. Garantir que os trabalhadores possam se desconectar e desfrutar plenamente de seu tempo pessoal não é apenas uma questão de ética e bem-estar, mas também de eficiência e produtividade. É um investimento inteligente que traz benefícios tanto para os indivíduos quanto para as organizações, contribuindo para um ambiente de trabalho saudável, equilibrado e de alta performance.

6. RESULTADO E DISCUSSÃO

Através da pesquisa foi possível inferir na importância do Direito Trabalhista no sentido de salvaguardar o direito de desconexão do trabalho e a maneira como ele se relaciona diretamente com o Teletrabalho e toda a dinâmica que existe entre os componentes da relação trabalhista, o trabalhador e o empregador.

Além disso, o fator distância dos colegas de trabalho e de uma maior flexibilidade no quesito de local de trabalho apesar de ter uma ligação direta com a evolução tecnológica da sociedade brasileira, também trava um debate que ainda está

distante de ter uma resolução efetiva, afinal, são mudanças relativamente recentes ocorrendo em uma economia frágil e especialmente em um momento de pandemia do novo coronavírus.

O direito à desconexão é uma questão crucial no contexto do teletrabalho. A falta de separação clara entre o tempo de trabalho e o tempo pessoal pode levar a um estado de constante disponibilidade, resultando em estresse, esgotamento e impactos negativos na saúde mental dos trabalhadores. Estabelecer limites definidos para a jornada de trabalho e promover a desconexão após o expediente são medidas essenciais para garantir o respeito a esse direito fundamental.

Para mitigar os desafios e maximizar os benefícios do teletrabalho, as organizações precisam adotar práticas e políticas eficazes. Isso inclui a criação de diretrizes claras sobre limites de horário de trabalho, incentivo ao uso responsável da tecnologia e promoção da saúde mental dos trabalhadores. A formação contínua e a comunicação aberta entre os colaboradores e a administração são aspectos-chave para garantir o sucesso do teletrabalho.

É fundamental que as organizações desenvolvam estratégias sustentáveis para a implementação do teletrabalho. Isso envolve a consideração cuidadosa de questões como a inclusão de todos os trabalhadores, a proteção de seus direitos, o equilíbrio entre vida profissional e pessoal e a manutenção da eficiência operacional. A sustentabilidade do teletrabalho depende de políticas bem elaboradas, avaliação contínua e adaptação às necessidades em constante mudança dos trabalhadores e da organização.

O Direito à Desconexão é um princípio emergente no contexto do trabalho contemporâneo, especialmente com o advento do teletrabalho. Refere-se à capacidade dos trabalhadores de se desconectar das obrigações profissionais após o horário de trabalho e durante períodos de folga, preservando assim um equilíbrio saudável entre a vida profissional e pessoal.

Essa desconexão é vital para a saúde mental dos trabalhadores. O excesso de tempo dedicado ao trabalho, especialmente em um ambiente em que o escritório se funde com o lar, pode levar a um estado de constante estresse, ansiedade e fadiga. A falta de limites claros entre vida profissional e pessoal pode resultar em um sentimento

de estar sempre "ligado", prejudicando a saúde mental.

A imposição de um tempo de desconexão efetivo pode contribuir para a diminuição do estresse, a melhoria do sono e a promoção de relacionamentos interpessoais saudáveis. Isso permite que os trabalhadores recarreguem suas energias, mantenham uma boa qualidade de vida e estejam mais produtivos durante as horas de trabalho.

Conforme o jurista Souto Maior, 2003, a desconexão é o direito ao não-trabalho, tratando-se de direito transindividual na medida em que protege não apenas o trabalhador como também a parte empregadora e outros que circundam. Afirma ainda que o direito à desconexão não é apenas o empregado, mas da própria sociedade. (Souto Maior, 2003)

Portanto, apesar do trabalhador ser de fato parte hipossuficiente da relação trabalhista por definição, ele carrega a deslumbrante missão de trazer frutos para a sociedade por meio de sua atividade profissional, portanto, cabe à toda sociedade enaltecer o poder e a força existente em um trabalhador, seja ele um teletrabalhador ou que exerça outra modalidade de trabalho. Desse modo, garantir o direito à desconexão para o teletrabalhador é assegurar que ele também acesse seus direitos fundamentais e a relação trabalhista seja saudável e sustentável.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo trouxe respostas satisfatórias para as questões abordadas, trazendo satisfatória simplificação da dinâmica e da relação entre o Teletrabalho e o direito à desconexão do trabalho, as motivações para sua violação e as consequências prejudiciais em um sentido amplo.

Preservar o direito do trabalhador de se desconectar não é simplesmente garantir apenas este direito, mas também garantir todos os outros que são efetivados no momento em que o teletrabalhador pode usufruir de seu tempo livre de maneira satisfatória.

Por fim, uma relação trabalhista com limites definidos e pautados nos Direitos Humanos sempre terá como característica preservar seus componentes, agregar na

sociedade, proporcionar bem estar social e o pleno exercício do Direito do Trabalho com todas suas ferramentas positivas em prol do aumento da qualidade de vida, pois o trabalho é parte essencial da vida cidadã.

O teletrabalho é uma modalidade de trabalho que vem se tornando cada vez mais comum no Brasil e no mundo. Essa modalidade de trabalho oferece diversas vantagens para os trabalhadores, como maior flexibilidade, autonomia e qualidade de vida. No entanto, o teletrabalho também pode apresentar alguns desafios, como a dificuldade de desconectar do trabalho.

A violação do direito à desconexão do trabalho é um problema que pode ter consequências graves para a saúde mental dos trabalhadores. Quando o empregado é contactado pelo empregador fora do horário de trabalho, ele pode se sentir pressionado a trabalhar, mesmo quando não está de serviço. Isso pode levar a estresse, ansiedade e burnout.

É importante que o empregador e o empregado adotem medidas conjuntas. Essas medidas podem incluir a definição de horários de trabalho e descanso claros; estabelecimento de limites entre a vida pessoal e a vida profissional, com o desligamento do computador e o celular fora do horário de trabalho; as empresas também podem contribuir para garantir o direito à desconexão do trabalho, oferecendo programas de bem-estar e flexibilidade no horário de trabalho.

O direito à desconexão do trabalho é um direito fundamental que visa proteger a saúde e a segurança do trabalhador. Esse direito é importante para garantir que os trabalhadores tenham tempo suficiente para descansar e se recuperar do trabalho, sem que sejam pressionados a trabalhar fora do horário de trabalho.

No teletrabalho, o direito à desconexão do trabalho pode ser mais desafiador de garantir. Isso ocorre porque o trabalho é realizado fora das dependências do empregador, o que dificulta o controle do horário de trabalho do empregado. Além disso, o trabalhador pode estar mais propenso a ser contactado pelo empregador fora do horário de trabalho, devido à disponibilidade das tecnologias de informação e comunicação.

Apesar dos desafios, é possível garantir o direito à desconexão do trabalho no

teletrabalho com medidas conjuntas do empregador e do empregado.

REFERÊNCIAS

GAURIAU, R. Direito à desconexão e teletrabalho: contribuição do direito do trabalho francês estudo comparado franco-brasileiro. Brasília. 2020

LAMBERTY, A. et al. O direito à desconexão do empregado e o Teletrabalho: uma análise das alterações trazidas pela lei 13.467/2017. Santa Maria, Rio Grande do Sul. 2017.

MIRANDA, P. et al. O Teletrabalho e as possibilidades de violação do direito ao lazer. Maringá, Paraná. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, L. O direito à desconexão: instituto fundamental de proteção no teletrabalho. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2015.

SILVA, D. Teletrabalho: Uma análise ao direito à desconexão. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Soledade, Rio Grande do Sul. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 out. 2023.

VEIGA, F et al. Direitos fundamentais e inovações no direito. 1ª Edição. Porto, Portugal. 2020.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM OLHAR PARA OS CONFLITOS FUNDIÁRIOS ATRAVÉS DAS MEDIDAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EM ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL

CLAUDINO, MIRIAM DA COSTA[1]
FRIEDRICH, CÍCERA ITAMAR NOBRE [2]
GENTIL, PLINIO[3]
CALISSI, JAMILE G. [4]

[1] Oficial de Registro Civil das pessoas Naturais e Tabeliã de Notas de Cajati, Comarca de Jacupiranga-São Paulo. Brasil Mestranda DIREITO E GESTÃO DE CONFLITOS. Universidade de Araraquara, UNIARA, Brasil, Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Universidade Gama Filho, UGF, Rio De Janeiro, Brasil, Especialização em Direito Empresarial. Fundação Getúlio Vargas, FGV, Rio De Janeiro, Brasil. E-mail: cinfriedrich@uniara.edu.br

[2] Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Araraquara; Especialista pelo Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Trabalhista através da Faculdade de Direito de Pirassununga Fatece - Faculdade de Tecnologia, Ciências e Educação e também Especialista pelo Curso de Pós-Graduação lato sensu em MBA em Gestão de Pessoas através da Universidade Anhanguera - UNIDERP, graduação em Direito e Ciências Contábeis, ambas pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Consultora Jurídica e Advogada atuante na área de Direito de família, trabalhista e cível. E-mail: mcclaudino@uniara.edu.br

3 Doutor em Direito (PUC-SP) doutor em Fundamentos da Educação (UFSCar). Professor universitário concursado (PUC-SP), e de graduação, pós-graduação e mestrado. Integrante do Grupo de Pesquisa Educar Direito (UFSCar), do Coletivo MP Transforma e da ABJD. Procurador de Justiça no Estado de S. Paulo. Foi membro de banca examinadora de concurso p promotor de justiça e coordenador de curso de Direito e de Pós Graduação. Pesquisador e autor nas áreas de direito, ciência política e educação. E-mail: pabgentil@uniara.edu.br

4 Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP (em andamento). Doutorado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino (2015). Mestrado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino - bolsista integral CAPES (2004). Especialização MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (2008). Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professora Titular no Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Uniara - Universidade de Araraquara (2021). Professora das Faculdades Integradas de Jaú. Professora-conteudista em cursinhos preparatórios para concursos.

Os conflitos fundiários no Brasil possuem uma história extensa e intricada, que se estende desde o período colonial até os dias atuais. Esses conflitos envolvem disputas pela posse e uso da terra, e estão relacionados a uma série de fatores, incluindo questões socioeconômicas, políticas, ambientais e culturais. A resolução destes litígios tem sido tradicionalmente conduzida pelo nosso Poder Judiciário. No entanto, o Cartório Notarial Nacional tem adquirido uma notável confiança do público, em virtude da integridade de suas práticas. Este órgão tem explorado alternativas para a resolução de conflitos, através do sistema multiportas. O objetivo geral desta pesquisa foi analisar os mecanismos associados à Justiça Restaurativa como formas apropriadas de abordar esses conflitos, assegurando acesso a uma ordem jurídica justa no âmbito extrajudicial. Para alcançar tal propósito, adotou-se uma abordagem metodológica qualitativa, com natureza aplicada e objetivos exploratórios, baseando-se principalmente em revisão bibliográfica. Com os dados obtidos, foi possível evidenciar que a mediação e a conciliação podem se configurar como métodos apropriados para a gestão extrajudicial desses conflitos.

Palavras-chaves: Gestão extrajudicial de conflitos; Justiça Restaurativa; Conflitos Fundiários; Mediação; Conciliação.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

1. INTRODUÇÃO

A problemática dos conflitos fundiários no Brasil tem raízes profundas, remontando ao período do descobrimento do Brasil. Desde então, a questão da posse e do uso apropriado da terra, tanto do ponto de vista econômico quanto social, tem representado um desafio significativo para todo nosso país. Independentemente do status registral, a noção de posse é um conceito milenar que demanda reflexão da sociedade, envolvendo uma intersecção complexa de elementos fáticos e jurídicos que conferem proteção inegável àqueles que utilizam a propriedade, seja ela urbana ou rural, com o propósito de conferir-lhe uma função social, seja através do cultivo, habitação ou trabalho.

Fatores adicionais como a necessidade de reforma agrária, a carência de habitação, a presença de pessoas em situação de rua e crises de ordem econômica, política e sanitária (como a pandemia), exacerbam a situação e frequentemente resultam em invasões coletivas de terras, tanto públicas quanto privadas.

À medida que os conflitos alcançam o âmbito do judiciário brasileiro, o Congresso do país tem buscado alternativas por meio do sistema multiportas, fornecendo diversas vias para a mitigação das reivindicações. Nesse contexto, o Cartório Notarial Nacional emergiu como uma instituição de confiança do público, baseando-se na integridade de suas práticas. A razão para tal confiança reside no rigoroso processo de exame e seleção de titulares, os quais são submetidos a concursos públicos para garantir sua adequação à fiscalização constante do judiciário.

Especificamente no que diz respeito aos tabeliães, definidos nos termos do artigo 6º da Lei 8.935/1994 (e artigo 236 da Constituição Federal, legislação que regula a prestação e o registro dos serviços notariais), estes assumem o papel de juristas investidos de confiança pública e de credenciamento escrito. Dessa forma, eles conferem forma jurídica à vontade das partes, orientando e elaborando documentos, assegurando a veracidade do conteúdo com eficiência, segurança e publicidade.

Diante desses princípios norteadores do notariado, como a prudência notarial, a juridicidade e a efetividade do direito, os Tabeliães de Notas se aproximam do papel de

conciliadores e mediadores entre as partes envolvidas em questões fundiárias, de posse e propriedade de imóveis, tanto rurais quanto urbanos.

Assim, abre-se a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa por meio de um conjunto organizado e sistemático de princípios, métodos, técnicas e atividades, com o objetivo de aumentar a conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais. Dessa forma, os conflitos, sejam eles concretos ou abstratos, podem ser solucionados de maneira estruturada e prática.

O presente estudo visa expor os aspectos conceituais, históricos, procedimentais e efeitos dos institutos trazidos pela doutrina e jurisprudência. Além disso, enfatiza a relevância da efetivação da função social da propriedade, além da aplicação da justiça restaurativa no contexto dos conflitos, envolvendo a participação tanto do Poder Judiciário quanto dos delegatários extrajudiciais, em conjunto com outros conciliadores e mediadores capacitados para auxiliar as partes envolvidas.

2. METODOLOGIA:

Conforme mencionado na introdução deste trabalho, o objetivo desta pesquisa é de natureza aplicada, buscando desenvolver mecanismos e ferramentas de prevenção, bem como identificar a viabilidade de sistemas de gestão extrajudicial para evitar conflitos na esfera judicial. Essa abordagem tem como finalidade preparar o terreno para a resolução de conflitos fora do âmbito judicial, utilizando nossa legislação e aplicando-a em forma de justiça restaurativa no intuito de agilizar e obter resultados mais rápidos no sistema de justiça brasileiro.

É importante ressaltar que pesquisas práticas têm como objetivo a experimentação, embora exijam uma base mínima de referências teóricas para orientar sua execução e interpretação dos dados. Neste estudo, foi adotada a abordagem conceitual da pesquisa qualitativa com um objetivo exploratório. Mazzaroba e Monteiro (2018) afirmam que esse tipo de pesquisa tem como objetivo identificar as características e naturezas de maneira abrangente, relacionando-se com diversos fatores em diferentes contextos.

Dessa forma, a escolha do método científico se torna essencial. O método pode ser definido como o caminho a ser percorrido para alcançar um determinado objetivo e o método científico é o conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos adotados para obter conhecimento (Gil, 2002).

Nesse sentido, optou-se pela utilização do método dedutivo para a interpretação dos dados coletados. Ainda citando Gil (2002), esse método é caracterizado partindo do geral para o particular. Ele se baseia em princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis, permitindo chegar a conclusões de forma lógica e formal. A escolha desse método se justifica pelo fato deste trabalho estar intimamente relacionado a tais características, como evidenciado pela pesquisa de jurisprudências, que possibilitam a aplicação do processo em novas situações.

A pesquisa foi alinhada ao método de acordo com o enquadramento teórico e os referenciais utilizados para a definição do arcabouço conceitual. Foi adotada a abordagem do método da compreensão, conforme descrito por Gil (2002), que se caracteriza pela reconstrução subjetiva original da ação e pelo reconhecimento da parcialidade da visão do observador.

Destaca-se que no quadro de referência foram utilizados principalmente os trabalhos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, KÜMPEL, além dos autores como Silvio Venosa, Zaganelli, Lakatos, entre outros.

Considerando o embasamento teórico referenciado, foi necessário delimitar a classificação do objetivo da pesquisa. Nas ciências sociais aplicadas, como o direito, as pesquisas podem ser classificadas em descritivas, explicativas e exploratórias (GIL, 2008). Neste caso, a pesquisa possui um objetivo exploratório. Trata-se, portanto, de uma pesquisa cuja principal característica é desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, visando a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos de caso (GIL, 2002).

Observa-se que, de forma ilustrativa, esse é exatamente o objetivo desta pesquisa. Será realizada uma análise das maneiras de evitar conflitos judiciais envolvendo disputas de posse e uso de terra, e estão relacionados a uma série de fatores, incluindo questões socioeconômicas, políticas, ambientais e culturais. A resolução destes litígios tem sido tradicionalmente conduzida pelo nosso Poder Judiciário. No entanto, o Cartório Notarial

Nacional tem adquirido uma notável confiança do público, em virtude da integridade de suas práticas sendo esta uma medida preventiva. Isso requer uma exploração do tema, ou seja, um aprofundamento para obter um melhor conhecimento sobre o assunto, já que é pouco explorado em nosso ordenamento jurídico.

De acordo com o método escolhido, o escopo da definição conceitual e o objetivo delimitado, também foi realizado o delineamento prático das atividades de pesquisa. O delineamento refere-se ao planejamento abrangente da pesquisa, que inclui a estruturação do estudo, bem como a previsão de análise e interpretação dos dados (GIL, 2002). Entre outros aspectos, o delineamento considera o ambiente em que são coletados os dados, no caso, foram coletados dados disponibilizados em plataformas digitais e de acesso livre. Contempla também, as formas de controle das variáveis envolvidas, para tanto foi operacionalizado os princípios da pesquisa bibliográfica, pesquisa documental e estudo de caso. Tal qual pontuado por Gil (2002). Este tipo de pesquisa caracteriza-se através do desenvolvimento feito por material previamente elaborado, constituído principalmente por livros e artigos científicos e de materiais que ainda não receberam um tratamento analítico. Nota-se que são características condizentes com o escopo do planejado nesta dissertação.

3. ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DOS INSTITUTOS NOTARIAIS

Para uma compreensão mais aprofundada da pesquisa, é essencial explorar os elementos históricos de cada instituição, incluindo a origem e evolução das atividades notariais, bem como a sua relevância na esfera social, considerando que os institutos notariais no Brasil têm uma origem profundamente enraizada na história do país, remontando ao período colonial com a chegada dos primeiros colonizadores portugueses. Estas práticas foram influenciadas pelas tradições jurídicas lusitanas da época, culminando na criação de um sistema que oficializava atos jurídicos e conferia autenticidade a documentos (Machado, 1904, p.16).

Ao longo do período imperial, os tabelionatos ocuparam uma posição central na sociedade, porém muitas vezes eram submetidos a nomeações políticas questionáveis,

resultando em práticas menos profissionais. Com a transição para a República, surgiu a necessidade de regulamentar e modernizar o sistema notarial, levando à implementação de leis e regulamentos que padronizaram os serviços e estabeleceram critérios de qualificação para os profissionais do setor, (Rego, 2004).

Atualmente, o sistema notarial no Brasil é regido pela Lei 8.935/1994, conhecida como a "Lei dos Notários e Registradores", que estabelece as diretrizes para a prestação dos serviços notariais e de registro. Esses institutos são considerados serviços de natureza pública, exercidos por profissionais devidamente credenciados e fiscalizados, o que confere credibilidade e confiança aos atos registrados, sendo a atuação do Notário, atuar como conselheiro imparcial das partes, elaborando e autorizando o negócio jurídico solene, seguindo os devidos cuidados e precauções legais para assegurar a plenitude, validade e eficácia do negócio, (Loureiro, 2017).

O artigo 1º da referida lei, estipula que os "serviços notariais e de registro" têm como propósito a organização técnica e administrativa com o objetivo de assegurar a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Rego (2017) descreve que a criação dos cartórios foi fundamentada na intenção de simplificar a vida das pessoas e conferir proteção jurídica a qualquer informação pública, daí a importância dos institutos notariais na vida social brasileira.

No geral, os cartórios notariais desempenham um papel crucial na instrumentalização jurídica da vontade das partes envolvidas em uma ampla gama de negócios e transações, conferindo segurança jurídica por meio de registros autenticados e confiáveis. Além disso, atuam como mediadores e conciliadores em diversos casos, facilitando a resolução amigável de conflitos.

E, visando justamente a resolução do conflito extrajudicial, este estudo se propõe a explorar os aspectos econômicos da propriedade e sua interdependência com a sociedade, em vista que, a normalização da propriedade não é apenas um interesse da cidadania, mas também um interesse estatal bidimensional. Ela não apenas protege os direitos individuais dos cidadãos, mas também contribui para o desenvolvimento econômico e social do país como um todo.

Portanto, os institutos notariais não apenas refletem a evolução jurídica do Brasil ao longo dos séculos, mas também desempenham um papel fundamental na promoção da

segurança jurídica e no fortalecimento da ordem econômica e social. Eles são peças-chave na engrenagem que sustenta a vida social e econômica do país, garantindo a legitimidade e autenticidade dos atos jurídicos que moldam nossa sociedade.

Posteriormente vamos analisar os aspectos econômicos relacionados à posse e propriedade e sua conexão interdependente com a sociedade.

3.1. DA HISTORIA DE POSSE E PROPRIEDADE BRASILEIRA FRENTE A REGULARIZAÇÃO DA LEI DE TERRAS

A história da propriedade brasileira coincide com a história da posse de terras do Brasil, desde o descobrimento onde a coroa portuguesa adquiriu o título de posse. Segundo KUMPEL (2020, p. 131) "para conquistar, colonizar e explorar economicamente as novas terras por completo, o monarca português doou enormes faixas terras aos intitulados donatários, por meio de cartas de sesmaria, criando o regime de capitanias hereditárias".

O sistema das sesmarias permitiu o povoamento e aproveitamento da terra, possibilitando o arrendamento, mas a posse era precária e sujeito a confisco caso não atendessem ao uso adequado e econômico. (KÜMPEL, 2020, p.132).

Assim, entre 1530 a 1822 havia uma ocupação desordenada, e o comisso (obrigações do sesmeiro) que tinha por objetivo a colonização das terras, a moradia habitual e cultura permanente com a obrigação do pagamento dos tributos e demarcação de terra não havia um controle efetivo, originando diversas ocupações sem o controle da Coroa.

O sistema da sesmaria foi de 1530 a 1850 com a Lei 601/1850 – Lei de Terras, regulamento nº 1.318/1854 que separou o domínio pública da posse privada, esta, sendo registrada no livro paroquial "registro do vigário". (KÜMPEL, 2020, p.132).

Houve um hiato de 1822 a 1850 e cujo levantamento pela Lei de terras dos possuidores legítimos por título de sesmarias foram confirmados. Houve arrolamento daqueles que tinham título, mas não confirmados por inadimplemento, os possuídos sem

qualquer título e Terras devolutas. O registro paroquial não adquiria nem transmitia a propriedade, tinha conotação cadastral obrigatório. (KÜMPEL, 2020, p.143).

Nesse contexto, a Lei 1.237/1864, inaugurou o sistema registral pela transmissão por transcrição, que com o auxílio do Código Civil de 1916 regulamentou o direito das coisas e a presunção relativa da propriedade pelo sistema do fólio pessoal. Com o avento da Lei 6015/1.973 se estabelece o sistema registral pelo fólio real, sistema de matrícula pelo princípio da unitariedade e veracidade relativa, (KÜMPEL, 2020, p.144).

Através do histórico, torna-se evidente a importância da posse no processo de aquisição da propriedade e na realização dos objetivos, princípios e fundamentos nacionais voltados para a função social do uso do solo.

Assim, o direito de propriedade é valorizado e resguardado, onde, diante do uso inadequado em comparação a uma posse que beneficia mais a comunidade, ele tem adquirido maior relevância, dada a conjuntura histórica, cultural, social e ambiental.

3.2. DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS E OS TITULOS DE PROPRIEDADES

É cediço que os conflitos fundiários são frequentes, seja devido à proteção da propriedade, seja no contexto da reforma agrária. Nesse cenário, os tribunais brasileiros têm se deparado com uma variedade de disputas, algumas delas envolvendo confrontos violentos. Isso ocorre tanto na defesa da terra por proprietários que a utilizam de acordo com sua função social e ambiental, quanto na busca por um pedaço de chão para garantir a subsistência de indivíduos e suas famílias.

Desde os tempos anteriores à Guerra de Canudos no século XVIII, os conflitos pela posse da terra têm se intensificado na região norte. No entanto, esses embates não se restringem apenas à questão da terra em si, mas também abrangem disputas relacionadas à água, mineração, ocupação de terras de origem indígena e quilombola.

Em resposta a esses desafios, a Corregedoria Nacional de Justiça demonstrou preocupação com o desfecho desses diversos conflitos e, nesta semana, divulgou um projeto de regularização fundiária. Entre os dias 28 de agosto e 1º de setembro, acontecerá

a primeira edição da Semana Nacional de Regularização Fundiária na Amazônia Legal. Durante esse evento, está prevista a entrega de pelo menos 22 mil títulos de propriedades em áreas tanto rurais quanto urbanas, beneficiando famílias que residem nos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins.

3.3. DA OCUPAÇÃO URBANA E A APLICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O direito à moradia, inserido entre os direitos sociais que dignificam a pessoa humana e reconhecido pela Suprema Corte brasileira como um direito ao patrimônio mínimo, é considerado, no contexto da classificação constitucional, um dispositivo nominalista. Isso significa que, embora possua valor jurídico, ainda não reflete uma correspondência plena com a realidade.

Nesse contexto, a classificação de Loewenstein, em artigo trazido por ALVES, "Quando não há uma concordância, absoluta, entre as normas constitucionais e as exigências do processo político, estas não se adaptando àquelas, isto é, se a dinâmica do processo político não se adaptar às normas da Constituição, esta será nominal".

Vejamos que há um abismo de efetividade do Estado nas suas políticas públicas, de organização na ocupação urbana, dos espaços público, bem como a própria manutenção dos prédios públicos e sua destinação que culminam em invasões e a precariedade do acesso a habitação.

> "O direito à moradia deve ser entendido como um complexo de posições jurídicas compreendendo posições negativas e positivas. Em razão da eficácia negativa do direito à moradia, o Estado está obrigado a não interferir de maneira não razoável na moradia dos indivíduos. A eficácia positiva do direito à moradia, por sua vez, obriga o Estado a disponibilizar moradia para alguns indivíduos. Há ainda uma dimensão objetiva, a partir da qual se pode construir a obrigatoriedade do Estado desenvolver políticas de moradia. Todas essas dimensões do direito à moradia envolvem inúmeras questões". (BARROS, 2008, p. 8.)

Assim, o direito à moradia abrange os direitos de primeira dimensão, que demandam a não interferência do Estado nas liberdades individuais e no direito fundamental à propriedade, bem como os direitos de segunda dimensão, que envolvem a

atuação do Estado na criação de mecanismos para promover a viabilidade social. Além disso, para prevenir conflitos fundiários e urbanos relacionados à posse e propriedade para fins habitacionais e laborais, também são relevantes os direitos de terceira dimensão, que visam possibilitar uma atuação eficaz na promoção da paz.

4. DA CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E A ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL DO CARTÓRIO NOTARIAL NACIONAL

Os cartórios notariais desempenham um papel crucial na administração da justiça e na resolução de conflitos no Brasil. Além de suas funções tradicionais de autenticar documentos e registrar atos jurídicos, eles têm se destacado como locais propícios para a realização de processos de conciliação e mediação. Essas técnicas alternativas de resolução de disputas têm se mostrado eficazes na promoção da pacificação social e na prevenção de litígios prolongados.

Relevante é a abordagem de Pedroso (2002), que considera a desjudicialização como um quarto método de resolução de conflitos, e enfatiza que:

> Os conceitos de informalização e desjudicialização, em sentido amplo, manifestam-se através de diferentes realidades que permitem prevenir ou resolver um litígio, ou seja, um conflito social que dois ou mais interessados pretendam que seja dirimido sem recurso ao tribunal judicial. (PEDROSO, 2002, p. 18).

A conciliação e mediação são instrumentos valiosos para a efetivação da justiça de forma célere e eficaz. Através desses métodos, as partes envolvidas em um conflito têm a oportunidade de dialogar, expor seus interesses e trabalhar juntas na busca de soluções mutuamente satisfatórias. Os cartórios notariais proporcionam o ambiente propício para essas práticas, oferecendo um espaço neutro e seguro, conduzido por profissionais do direito devidamente habilitados.

Como uma outra forma de abordar conflitos, a resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça começa a enfatizar a necessidade de profissionais do direito, especialmente juízes, lidarem com questões não apenas como julgadores, mas também

como facilitadores de soluções e pacificadores eficazes. A ideia é pensar em como abordar um determinado problema de forma a garantir que os interesses das partes envolvidas sejam atendidos de maneira mais eficiente, proporcionando maior satisfação na jurisdição e em um período de tempo mais curto.

Ainda nesse contexto, o Provimento 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça estabelece os procedimentos de conciliação e mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Entre os considerados, busca-se promover a efetividade da conciliação e da mediação como meios de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

No sistema notarial de tradição latina, o Notário é um profissional jurídico que atua com cautela e prudência. Ele orienta as partes, intervindo para dar forma à vontade delas de acordo com a lei. Além disso, redige os documentos, mantém os registros e emite as certidões dos atos que realiza de maneira imparcial, Rego (2017).

O notário é uma figura intermediária entre o magistrado e o advogado. Possui a atribuição de conferir autenticidade aos documentos que elabora, constituindo, inclusive, um título extrajudicial. Dessa forma, é um profissional preparado para mediar conflitos, oferecendo orientação e esclarecimento sobre as questões jurídicas sem impor decisões. Ele aplica técnicas para destacar os pontos relevantes, demonstra habilidade na escuta ativa e identifica os interesses subjacentes visando à eficácia e segurança das partes envolvidas.

Veja que, os cartórios notariais desempenham um papel fundamental na atividade extrajudicial, que abrange uma variedade de serviços voltados para a segurança jurídica e a efetivação dos direitos dos cidadãos. Além das funções tradicionais de autenticação e registro, os cartórios atuam na lavratura de contratos, testamentos, inventários, e em uma série de outros atos jurídicos de relevância para a sociedade.

Além disso, o notário, enquanto profissional do direito, exerce sua função com um elevado nível de responsabilidade e imparcialidade. Sua atuação está enraizada em princípios como a cautela e a prudência, que são essenciais na orientação das partes envolvidas. Além disso, o notário desempenha um papel crucial na garantia da segurança e autenticidade dos documentos que ele elabora, conferindo-lhes status de título extrajudicial.

Em suma, os cartórios notariais nacionais desempenham um papel multifacetado na administração da justiça, incluindo a promoção da conciliação e mediação, bem como a realização de uma ampla gama de serviços extrajudiciais. Sua atuação é ancorada em uma tradição histórica e guiada por princípios jurídicos fundamentais, contribuindo de maneira significativa para a efetivação dos direitos e a pacificação social no Brasil.

5. DO ACESSO A JUSTIÇA

A reforma do Código de Processo Civil fortaleceu e ampliou a desjudicialização, reiterando a relevância dos métodos alternativos de resolução de conflitos, principalmente quando se trata de conflitos fundiários. É importante ressaltar que o acesso à justiça não se restringe às atividades judiciais. Como resultado de um processo legal independente, cabe à parte interessada assegurar a aplicação da lei através de todos os meios disponíveis, sempre buscando efetividade com qualidade, contribuindo para a promoção de paz e harmonia na sociedade.

O princípio do acesso a uma ordem jurídica justa em que se baseiam todos os outros princípios e garantias constitucionais, "inclui tipos complexos heterogêneos, bem como resolução de disputas autoconstituída" (MELLO, 2023. p. 355). É justamente nesse cenário que se evidencia o avanço representado pela nossa Constituição, um dos textos jurídico-políticos mais progressistas já elaborados no Brasil. Tanto os direitos fundamentais quanto os direitos sociais são complementados por meio de ações constitucionais, que oficializam todas as reivindicações da sociedade, com o objetivo de edificar uma sociedade mais justa e, por decorrência, erradicar a pobreza, reforçando, assim, os pilares do Estado Democrático de Direito.

Tavares (2021) destaca que o próprio Estado proibiu a auto tutela privada e, consequentemente, monopolizou o uso da força por meio do Poder Judiciário, cuja função primordial é garantir a justiça e, em última instância, assegurar o acesso à justiça, juntamente com o correspondente direito de ação, que tem como propósito "garantir a eficácia dos meios necessários para a obtenção da tutela jurisdicional" (CAMBI, 2001, p. 115).

Por sua vez, Barcellos (2002) classifica o acesso à justiça como um dos direitos fundamentais mais cruciais, estando entre os elementos essenciais para a dignidade da pessoa humana, ao lado não apenas do acesso à justiça, mas também da assistência em casos de necessidade, dividindo esse patamar apenas com a educação fundamental e a saúde básica, devido à sua extrema importância.

Justamente nesse contexto, recorremos aos ensinamentos de Cappelletti e Garth (2002), nos quais a expressão "acesso à justiça" é destacada pela sua difícil definição, em parte devido à sua dualidade: a primeira enfatiza a acessibilidade de todos, sendo o caminho pelo qual um cidadão pode pleitear seus direitos sob a tutela do Estado. A segunda busca resultados socialmente e individualmente justos, com a consequente promoção da pacificação social e um acesso efetivo.

Dessa forma, Cappelletti e Garth (2002) identificam três barreiras ao acesso efetivo à justiça, que foram reclassificadas por Zaganelli (2016) como econômicas, organizacionais e processuais:

A primeira barreira, conforme apontado por Cappelletti e Garth (2002), reside nas custas que são inacessíveis para a grande maioria da população, englobando gastos suportados pelo Estado e honorários advocatícios, além da complexidade de diversas informações técnicas processuais. Observando o agravamento da desigualdade social, é evidente inclusive o desconhecimento dos direitos, transformando o acesso à justiça em uma mera utopia. Isso ocorre em meio à influência do tempo no contexto econômico, que inclui os efeitos adversos decorrentes da inflação e seu reflexo ao longo do processo, classificado por Zaganelli (2016) como um obstáculo econômico.

A segunda barreira ao acesso à justiça, conforme Cappelletti e Garth (2002), reside na impossibilidade de mecanismos processuais com legitimidade coletiva, uma vez que alguns interesses difusos não podem ser tutelados de forma individual devido à sua extrema complexidade. Isso se aplica, por exemplo, ao direito ambiental e ao consumo, entre outros, categorizados por Zaganelli (2016) como um obstáculo organizacional.

Por fim, a terceira barreira ao acesso à justiça, conforme Cappelletti e Garth (2002), surge quando se constata os entraves decorrentes da própria ineficiência do judiciário, que engloba desde a excessiva morosidade até a sobrecarga processual, a falta

de juízes e servidores, o excesso de formalismos e recursos. Essa categoria foi classificada por Zaganelli (2016) como obstáculos de natureza processual.

Embora seja praticamente impossível eliminar por completo as barreiras ao acesso à justiça, categorizadas por Zaganelli (2016) como econômicas, organizacionais e processuais, é relevante destacar que o mencionado estudo também apresentou sugestões para mitigar esses obstáculos. Essas sugestões foram classificadas por Cappelletti e Garth (2002) como "ondas renovatórias".

A primeira onda renovatória está fundamentada na criação de um sistema de assistência judiciária isento de custas, contando com um corpo jurídico dedicado a otimizar a defesa dos interesses dessa grande parte da sociedade. A segunda onda renovatória foi superada pela legitimidade coletiva resultante de reformas legislativas, visando facilitar o papel de entidades na promoção e proteção dos interesses de classes da sociedade. Isso inclui a tutela dos interesses metaindividuais dos consumidores e ambientais.

Por fim, a última onda renovatória, denominada "enfoque do acesso à justiça", propõe um avanço nas formas de solução de conflitos, com a criação e desenvolvimento de métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. Destaca-se a desjudicialização ao defender o aprimoramento de uma justiça coexistencial, e em alguns tipos de conflitos, até mesmo sem a necessidade da participação do Estado.

Atualmente, o conceito contemporâneo de acesso à justiça, conforme afirmado por Santanna (2014), está firmemente fundamentado no princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual passou por uma verdadeira transformação e evolução. Isso significa que a resolução de conflitos no âmbito do direito privado pode ser alcançada sem a intervenção do judiciário, desde que haja garantia de independência e imparcialidade por parte de terceiros que lidam com os conflitos, por meio da conciliação, mediação e arbitragem.

Nesse contexto, ganham destaque as atividades Notariais e Registrais. No entanto, os custos associados a esses serviços ainda necessitam de ajustes, visando tanto o equilíbrio econômico para a manutenção do serviço, quanto a necessidade de garantir um acesso pleno à justiça para aqueles que dele precisam. Trata-se de uma questão tributária que requer deliberação legislativa, pois as operações notariais e de registro, nesse sentido,

não geram ônus para o Estado; pelo contrário, envolvem custos de transferência consideráveis.

Alguns estados têm implementado medidas para compensar os notários por suas atividades de forma gratuita, mas ainda carecem de uma regulamentação mais abrangente. Diante desse cenário, torna-se evidente a necessidade de medidas relacionadas à indenização pública, a fim de assegurar e facilitar o efetivo acesso à justiça.

6. DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS ATRAVÉS DAS MEDIDAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EM ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL

Os conflitos fundiários no Brasil têm uma origem enraizada em complexos fatores socioeconômicos, políticos e culturais, elevando sua resolução a um tema de considerável importância para o Estado. A justiça restaurativa surge como um método adicional de solucionar tais disputas, fundamentando-se em um conjunto organizado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades. Ela busca revitalizar o diálogo e promover maior consciência, seja no âmbito familiar ou em esferas sociais mais amplas como escolas, comunidades e instituições correcionais, com o objetivo de compreender as raízes dos conflitos e violências, assim como os meios pelos quais ocorrem os danos.

Apesar da nossa Constituição Federal de 1988 ser considerada um conjunto de leis mais democrática e humanitária já formada na história do nosso país, a realidade não é essa. Os atores sociais e as instituições que formam o Estado Democrático de Direito ao se proporem como elementos de concretização dos direitos constitucionais precisam ter a consciência de que "vivemos em um mundo ou em vários mundos em que alguns têm direitos, mas a grande maioria não os tem. Mudar essa realidade é o desafio atual" (Almeida, 2011. p. 212).

A Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa no Judiciário é delineada na Resolução CNJ nº 225/2016, juntamente com suas alterações. Esta política estabelece as bases da Justiça Restaurativa no Judiciário, com base nas recomendações das Nações Unidas para a implementação da Justiça Restaurativa nos Estados membros, bem como o direito de acesso à justiça, conforme previsto no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna.

Dada a complexidade dos fenômenos de conflito e violência, é imperativo considerar não apenas os aspectos individuais, comunitários, institucionais e sociais que influenciam e sustentam os processos de mudança de paradigma, mas também proporcionar espaços apropriados e adequados para sua aplicação eficaz.

A Resolução também considera a relevância e necessidade de se buscar a uniformização do conceito de justiça restaurativa, cabendo ao Judiciário aprimorar constantemente suas formas de responder às demandas sociais, conflitos, violência, sempre com o objetivo de promover a paz social.

Prevê também a possibilidade de promoção e ratificação de acordos celebrados em procedimentos especiais nas esferas cíveis, criminais, atendimento de menores em infração e auxilio às vítimas.

Nessa perspectiva, a reforma do atual Código de Processo Civil conservou e introduziu novas situações de desjudicialização através dos Cartórios Notariais Nacional, como podemos observar a seguir:

Quadro 1 — Formas de desjudicialização permitos em Cartórios Notariais, mantidos e acrescentados pelo Código de Processo Civil

Artigo do Código de Processo Civil	Objetivo da norma
Art. 1.071	autoriza a desjudicialização do procedimento de usucapião. A postulação pode ser dirigida diretamente ao cartório do registro de imóvel, incorporando-se o rito para a usucapião na Lei de Registros Públicos (art. 216-A da Lei n. 6.015/73)118. No caso de se judicializar a usucapião, não há mais previsão de rito específico, devendo seguir o procedimento comum.
Art. 571	permite que a demarcação e a divisão de terras possam ser realizadas por escritura pública, desde que maiores, capazes e concordes todos os interessados;
Art. 703, § 2º	autoriza a homologação do penhor legal pela via extrajudicial;
Art. 733	reproduz a regra então vigente no CPC/73, por força da Lei n. 11.441/2007, dispondo que o divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública;
Art. 610, § 1º	na mesma linha da Lei n. 11.441/2007, estabelece que, se todos os herdeiros forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública;
Art. 384	estabelece que a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Fonte: Adaptado de De Pinho e Mazzola (2021, p. 63)

Ainda, destacando recente decisão judicial, que em uma importante decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 828, o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), ordenou que os tribunais encarregados de casos de reintegração de posse estabeleçam comissões para mediar possíveis despejos antes de qualquer determinação judicial. Essa ação de transição busca minimizar os efeitos habitacionais e humanitários em situações de desocupação em massa.

Na ADPF, o ministro inicialmente suspendeu as ordens de remoção e despejos de áreas coletivas que estavam habitadas antes da pandemia, considerando que durante a crise da Covid-19 isso prejudicaria famílias em situação de vulnerabilidade. Ao analisar o novo pedido de prorrogação, o ministro Barroso optou por não estender novamente a proibição de despejos, mas determinou a implementação de um regime de transição. Este é um caso emblemático recente que tem gerado preocupação no Poder Judiciário, especialmente em relação às possíveis reintegrações que poderiam resultar em situações de violência.

A aplicação da justiça restaurativa em conflitos fundiários, por meio das medidas de conciliação e mediação em atividade extrajudicial, representa uma abordagem inovadora e eficaz para a resolução dessas complexas disputas. Os conflitos fundiários no Brasil têm raízes profundas e envolvem uma série de fatores socioeconômicos, políticos e culturais, tornando sua resolução uma questão de grande relevância para o Estado.

Os cartórios notariais, tradicionalmente associados à autenticação e registro de atos jurídicos, têm se destacado como centros propícios para a aplicação da justiça restaurativa. Através da conciliação, as partes em conflito têm a oportunidade de dialogar, expor seus interesses e colaborar na busca de soluções mutuamente satisfatórias. Esse processo é conduzido por notários, profissionais do direito com formação específica, que atuam como facilitadores imparciais, promovendo a harmonização dos interesses das partes de forma ágil e eficiente.

Além da conciliação, a mediação também desempenha um papel fundamental na resolução de conflitos fundiários. O mediador, também um notário habilitado, vai além da facilitação do diálogo, adentrando nas necessidades e interesses subjacentes das partes. Esse processo mais aprofundado visa não apenas à resolução do conflito em si, mas

também à preservação dos relacionamentos e à promoção de uma convivência harmoniosa no futuro.

A atividade extrajudicial dos cartórios notariais é um componente crucial desse processo. Além de sua função tradicional, os cartórios desempenham um papel vital na segurança jurídica e na efetivação dos direitos dos cidadãos. Eles são responsáveis por uma variedade de serviços, incluindo a lavratura de contratos, testamentos e outros atos jurídicos relevantes para a sociedade.

A reforma do Código de Processo Civil fortaleceu e ampliou a desjudicialização, confirmando a importância dos métodos alternativos de resolução de conflitos, em especial no contexto dos conflitos fundiários. A abordagem restaurativa, através da conciliação e mediação em atividade extrajudicial, não apenas promove a eficiência na resolução de conflitos, mas também fortalece a coesão social e a confiança nas instituições jurídicas.

Em suma, a aplicação da justiça restaurativa nos conflitos fundiários por meio da conciliação e mediação em atividade extrajudicial representa uma abordagem inovadora e eficaz para a resolução dessas complexas disputas. Os cartórios notariais desempenham um papel crucial nesse processo, proporcionando um ambiente propício para o diálogo e a colaboração entre as partes. Essa abordagem não apenas resolve os conflitos de maneira eficaz, mas também promove a coesão social e a confiança nas instituições jurídicas. A reforma do Código de Processo Civil fortaleceu essa abordagem, destacando a importância dos métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente no contexto dos conflitos fundiários.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história da posse, ocupação e regularização da propriedade no Brasil remonta aos tempos da colonização. Tanto a Coroa Portuguesa quanto os períodos monárquicos e republicanos buscaram uma melhor forma de utilização econômica do solo, visando estabelecer e conferir um papel social à terra.

Em um país de dimensões continentais como o Brasil, permeado por profundas desigualdades socioeconômicas, o desafio é significativo, mas plenamente alcançável mediante uma mudança de mentalidade e ação. O trabalho é um princípio essencialmente republicano, e a dignidade só pode ser verdadeiramente alcançada quando se garante um patrimônio mínimo para a subsistência da pessoa e de sua família.

Os direitos fundamentais resguardados pela nossa constituição federal colocam o Brasil como um dos países com o mais completo ordenamento jurídico em relação aos direitos humanos. tornando os direitos humanos um compromisso do Governo Federal e como obrigação de uma política pública adequada.

Os direitos humanos são tão universais e intocáveis que, em uma escala global, seu desenvolvimento ainda pode ser visto como um processo de aprendizagem social, estamos presos em uma teia que sentimo-nos angustiados e melancólicos com a progresso de violação dos nossos direitos básicos, mas não abandonamos o conceito, aceitamos a realidade com a esperança de dias melhores e isso explica a nossa extraordinária capacidade de adaptação.

Já avançamos muito, se analisar nosso processo histórico, porém temos muito o que conquistar se comparar nosso desenvolvimento e democratização. Devemos elaborar uma análise sobre a condição humana, considerando a riqueza de cada ser humano e sua utilidade, distinguindo-se diferentes categorias sociais, igualando direitos, fazendo valer o artigo 5º da nossa carta maior.

Refletir sobre os valores sociais e fundamentais não é apenas incumbência do Judiciário, mas de toda a sociedade, de maneira horizontalizada. Nesse sentido, ao ponderar a razoabilidade e a proporcionalidade no percurso de todos, não para decidir sobre a vida deles, mas para orientar, conciliar e adaptar-se às diferenças, ressaltando os pontos relevantes, é que o Notário se destaca. Ele é um profissional capacitado para auxiliar nos pequenos conflitos e, em conjunto com outros profissionais de diversas áreas, colabora de maneira multidisciplinar nos grandes conflitos, visando à pacificação.

Isso não exime o Estado de sua responsabilidade. Em diversos municípios, é possível observar a ocupação desordenada de terras particulares e públicas, resultando em diversos problemas decorrentes de eventos naturais e ações humanas, muitas vezes por conta da omissão estatal.

Destaca-se e elogia-se os municípios que demonstram preocupação genuína com sua população, acolhendo e oferecendo oportunidades para que tenham um teto de forma regular e possam adquirir suas casas com dignidade.

Um reconhecimento especial é devido à notável regularização da Amazônia Legal, liderada pelas ações do CNJ. A atuação regulamentadora do CNJ tem uniformizado o entendimento legal em todo o país, exercendo um papel essencial na promoção de igualdade e humanidade. Esses esforços são fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, onde o acesso à justiça e à propriedade são direitos garantidos a todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

_____ Lei Nº 1.060, de 05 de Fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060compilada.htm Acesso em 06 de ago.2023.

_____. Lei Nº 6.016, de 31 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm Acesso em 06 de ago.2023.

_____. Lei Nº 8.935, de 18 de Novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm Acesso em 06 de ago.2023.

_____https://www.cnj.jus.br/amazonia-legal-brasileira-recebe-primeira-edicao-da-semana-de-regularizacao-fundiaria/ Acesso 22 de ago.2023.

ALVES, Murilo Ricardo Silva. **A Constituição da Republica Federativa do Brasil e sua classificação ontológica: uma conversa com Karl Loewenstein, Konrad Hesse e**

Ferdinand Lassale. Disponível na revista Âmbito jurídico.https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-e-sua-classificacao ontologica-uma-conversa-com-karl-loewenstein-konrad-hesse-e-ferdinand-lassale/ Acesso em 22 de ago.2023.

Barcellos, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROS, Ana Maria Furbino Bretas. **Direito à moradia**: questões sobrea sua eficácia jurídica. 2008.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 3, 2001. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil).

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado**: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

De Pinho, Humberto Dalla Bernardina; Mazzola, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

KÜMPEL, Vitor Frederico, **FERRARI**, Carla Modina. **Tratado notarial e registral: vol. III, tabelionato de notas**.2ª ed. São Paulo: YK Editora, 2022.

KÜMPEL, Vitor Frederico, **FERRARI**, Carla Modina. **Tratado notarial e registral: vol. V**. 1ª ed. São Paulo: YK Editora, 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos Teoria e Prática**. 8ª edição. Salvador: JusPodivm. 2017. ISBN 978-85-442-1249-3;

MACHADO, Joaquim de Oliveira. **Novíssima guia pratica dos tabelliães ou o notariado no Brazil e a necessidade de sua reforma**. 2 ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1904.

Pedroso, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. . Centro de Estudos Sociais, Observatório

Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra, v. 171. 14 p, Abril 2002. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf. Acesso em: 11 out. 2023.

RÊGO, Paulo Roberto de Carvalho. **Registros Públicos e Notas. Natureza jurídica do vínculo laboral de prepostos e responsabilidade de notários e registrados**. Porto Alegre: Safe. 2004; ISBN 8507525-280-1;

Santanna, Ana Carolina Squadri. **Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição** Dissertação: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflitos. Rio de Janeiro, 2014 Dissertação (Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9749/1/Ana%20Carolina%20Squadri%20Santanna%20-%20Completo.pdf. Acesso em: 11 out. 2023.

SANTOS, Moacyr Santos. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Tavares, André Ramos. Manual do poder judiciário brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 3ª ed. SãoPaulo: Atlas, 2003.

Zaganelli, Juliana. A (in)justiça do poder judiciário: o obstáculo econômico do acesso à justiça e o direito social à saúde. Revista de Direito Brasileira, São Paulo/SP, v. 15, n. 6, p. 185-189, Set/Dez. 2016. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2959. Acesso em: 11 out. 2023.

ADR's – Gestão de conflitos na senda familiar impulsionada pelo CEJUSC através da medição e conciliação.

MONTEFUSCO, Renato Zanolla[1]
TOMAZELI, Maristella Rossi[2]

RESUMO: O objetivo geral desta pesquisa visa cotejar métodos alternativos de solução de conflitos na senda familiar e o objetivo específico se debruça nas ADR`s (*alternative dispute resolutions*) e relaciona, no ordenamento jurídico pátrio, a conciliação e a mediação no Direito de Família para solução de conflitos; diante a utilização do Sistema Multi Portas, para resolução de disputas, a obtenção e manejo de informações que auxiliem tanto o planejamento de estratégias jurídicas quanto tomadas de decisões é de mais valia para a celeridade e eficiência na possível solução de litígios, além de ter o condão de desobstruir o Estado-juiz, assoberbado de processos, por outras vias; dito de outra forma, portas. Diante este cenário, a pesquisa se apoiará na metodologia qualitativa documental em atenção a necessária análise da legislação doméstica, experiência jurisprudencial e doutrinária afeta às famílias, conciliação e mediação; em tempo, o método hipotético-dedutivo cauciona a pesquisa, pois o estudo se inicia em premissas gerais para chegar a conclusões específicas por meio de raciocínio lógico onde o cortejo de impactos dos meios alternativos de solução de conflitos no direito de família serão trazidos à baila. Nesse esteio, cediço que decisões que envolvem o núcleo familiar, buscam a manutenção e não a extinção dos relacionamentos contudo, são nas estratégias de mediação e conciliação, o crédito para possibilitar a mantença de um núcleo familiar; desta feita, competiria ao mediador/conciliador, a necessária habilidade e sensibilidade, mesmo diante a tecnicidade jurídica, para buscar a pacificação de contendas e solução de conflitos.

Palavras-chaves: conciliação; mediação; família; núcleo familiar e conflitos.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Doutorando no PPGCTS-UFSCar. Mestre em Direito pela UNIVEM. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UEL. Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG. e-mail: renato.montefusco@uemg.br; ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1294-0844

[2] Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG. e-mail: maristella.2199440@discente.uemg.br; ORCID: https://orcid.org/0009-0008-9777-4374

1 INTRODUÇÃO

De início, a máxima constitucional: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado." (CF/88, art. 226, *caput*). Entidades familiares são fundantes em sociedades e desempenham papel crucial no desenvolvimento e bem-estar dos indivíduos inseridos nestas. Mesmo diante de realidades complexas e pós-modernas que envolvem a sociedade contemporânea, Maria Berenice Dias em sua obra "A Ética do Afeto" explicita que a afetividade é um fator determinante dos núcleos familiares (Dias, 2005). Contudo, a intensa convivência e a interdependência das relações, muitas vezes, dão origem a conflitos. Estes podem envolver disputa sobre herança, divisão e/ou transmissão de bens, guarda de filhos e regulamentação de visitas, divórcios, reconhecimento e dissolução de união estável, cuidados com os idosos, dentre outros. Para lidar com tais conflitos, a conciliação e a mediação ou "*Alternative Dispute Resolution*" (ADR´s) surgem como caminhos eficazes ao modelo contencioso tradicional.

Fato é que, essas técnicas oferecem alternativas colaborativas, diante a autocomposição em diferentes níveis, em comparação ao método tradicional de heterocomposição impositiva, promovendo uma resolução de disputas de forma mais efetiva, preservando o bem-estar das partes e a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, se "família" tem especial proteção segundo o art. 226 da CF/88, cabe ao Estado regular e promover a efetividade social da tutela protetiva da entidade familiar.

O novo Código de Processo Civil inovou em sua fundamentação legal, trazendo ao direito processual brasileiro a estruturação necessária dos meios alternativos de solução de conflitos, já utilizados, porém sem o devido incentivo e preceituação legal. O principal objetivo de tais métodos é evitar que desajustes e desacordos familiares se tornem lides judiciais, se arrastando por anos sem efetiva solução; neste esteio, a conciliação e a mediação representam caminho frutífero para as partes e os operadores do direito.

A conciliação é um processo de resolução de conflitos que envolve a intervenção de um terceiro imparcial, o conciliador; ao seu turno, este facilita a comunicação dos entes familiares inseridos em um conflito, a fim de alcançar acordo voluntário que atenda aos

interesses e necessidades de ambas as partes; desta feita, a conciliação permite aos envolvidos no processo, franca participação na resolução de seus próprios conflitos. Conforme preceitua Teresa Mônica de Menezes Grossi "a conciliação é o exercício diante das adversidades e a busca dos sentimentos e atitudes áureas: amor, compaixão, generosidade, paciência, perdão, solidariedade, respeito, paz, diálogo, etc." (Grossi, 2009, p. 126).

A conciliação, embora também seja autocompositiva, atua prioritariamente com a propositura e estímulo ao acordo por um terceiro imparcial. Nesse cenário, para o conciliador o diálogo representa um "pano de fundo", pois o foco resguarda-se na resolução da questão conflituosa por meio de concessões recíprocas, onde as partes sugerem soluções e perdas mútuas; cediço observar que existem "prós" e "contras" a serem considerados em face das perdas mútuas.

A conciliação é frequentemente a abordagem preferida em muitos casos legais, especialmente quando as partes envolvidas têm a capacidade de se comunicar, mas enfrentam dificuldades na resolução de seus conflitos. Nesse contexto, o conciliador desempenha um papel crucial ao ouvir atentamente as partes, facilitar a troca de propostas para resolver o impasse e colaborar com elas na criação de um acordo mutuamente aceitável.

Diante essa perspectiva, mister observar a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), pois estabelece no artigo 2° que o processo será orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, sempre que possível buscando a conciliação ou a transação. Ora, o ordenamento jurídico pátrio instrumentaliza e impulsiona a conciliação.

Diante o contexto acima observado, o código de processo civil prezou pelos métodos alternativos para a resolução de conflitos; trouxe à baila, assim, a previsão, no procedimento comum, da audiência de conciliação e mediação. O art. 334 do CPC dispõe sobre a designação de audiência de conciliação e mediação caso a petição inicial preencha os requisitos legais, elencados no art. 319 do CPC (qualificação completa das partes, os fatos e fundamentos jurídicos, o pedido e a eventual indicação das provas). Vê-se, então, que a conciliação e mediação é uma das etapas preliminares do processo, no entanto, a qualquer momento pode ser dispensada pelas partes bem como, a qualquer

momento pode ser sugerida pelas partes ou pelo magistrado; dito de outra forma, uma via de "mão dupla".

A mediação, conforme explanação de Fernanda Tartuce (2016), é uma forma de autocomposição de conflitos em que as partes já possuem vínculo anterior; o papel do mediador, nesse contexto, será no auxílio à compreensão de questões e no restabelecimento da comunicação e solução consensual do conflito. Assim, o papel do mediador não será o de emitir juízos de valor, atuando somente como condutor do caminho a ser traçado pelas partes. Em tempo, convém mencionar que durante uma audiência de conciliação, as partes têm a oportunidade de expor seus pontos de vista, discutir suas demandas e tentar chegar a um consenso sobre os termos de um acordo. Neste cenário, o conciliador desempenha um papel fundamental, atuando como um facilitador na comunicação, por vezes belicosa, de forma neutra e imparcial.

O propósito da mediação reside em auxiliar na elaboração de acordos que sirvam como um modelo de comportamento para interações futuras, tudo isso dentro de um ambiente colaborativo que permite às partes envolvidas engajarem em diálogos construtivos sobre seus interesses e necessidades. A mediação é mais frequentemente empregada em situações de conflito que são multidimensionais ou intrincadas. Essa abordagem para a gestão de conflitos promove a comunicação e a tomada de decisões colaborativas, uma vez que o mediador convida todos os participantes a contribuírem para as decisões e mudanças que se fazem necessárias durante as sessões de mediação.

A sala de mediação é um espaço de diálogo e de confiança em que não há julgamentos, acusações ou análise de documentos. Os encontros iniciam-se com a pergunta: "Como você gostaria de ser chamado?", no intuito de trazer um ambiente agradável e acolhedor, estabelecendo um tom apropriado para a resolução das disputas. A linguagem corporal deve transmitir serenidade e objetividade para a condução dos trabalhos. A princípio, no primeiro encontro, com sessões individuais, há uma troca de informações. Não à toa que, para além do necessário conhecimento jurídico, o mediador/conciliador observe o comportamento dos indivíduos em conflito.

O mediador deve manter a escuta ativa sempre presente, retirando o foco das posições e buscando identificar os reais interesses, conduzindo à construção de novas perspectivas, ideais, para o futuro e à reformulação dos papéis dos

participantes/envolvidos. Vale ressaltar que o primeiro a falar deve ser o solicitante-requerente, pois estrategicamente se alocam as falas na condução satisfatória é possível êxito à mediação e conciliação.

Durante as sessões de mediação (que devem durar em média meia hora) somente as partes apresentam propostas, o mediador neste momento não interfere, apenas observa e escuta atentamente. Fato é que, o mediador pode sugerir alguns caminhos para "o pensar", em busca de alinhar um acordo. Caso haja a composição entre as partes, esta será submetida a um magistrado e este então, se perceber que o acordo atende a todos os requisitos legais e emocionais que promovam o bem-estar de um modo geral, restabelecendo o diálogo saudável entre as partes homologa a mediação, que passa a ter força de lei.

Insta salientar que em se tratando de mediação judicial, esta acontece dentro do Judiciário, através de um órgão específico, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Apenas a título de observação a mediação pode acontecer de forma extrajudicial, em escritórios privados ou centros de mediação criados especificamente para tal finalidade, porém, havendo uma composição, os acordos devem ser homologados pelo juízo competente para que tenham seus efeitos jurídicos.

A sessão de mediação é composta por seis etapas, quais sejam:

(i) Planejamento: Antes de dar início ao processo de mediação, o mediador presta auxílio às partes na definição do local de encontro e na identificação das pessoas que devem estar presentes. Cada parte pode optar por ter um advogado, dependendo da situação específica; (ii) Introdução do Mediador: Com as partes reunidas na mesma sala, o mediador apresenta os participantes e delineia o procedimento a ser seguido, explicando as regras que regem o processo; (iii) Declarações Iniciais: Cada parte tem a oportunidade de apresentar sua versão dos eventos, sem interrupções, podendo inclusive expressar seus sentimentos e ideias sobre o ocorrido. Isso permite que eles compartilhem suas perspectivas de forma completa; (iv) Discussão Conjunta: O mediador e as partes têm a liberdade de fazer perguntas para obter um entendimento mais profundo das preocupações e necessidades de cada uma. O mediador age como facilitador, ajudando a esclarecer informações necessárias para encontrar um terreno comum. Quando surgem conflitos, o mediador identifica os obstáculos que estão impedindo o progresso; (v)

Gestão de Conversas: O mediador desempenha o papel de moderador, intervindo quando ocorrem discussões acaloradas ou conflitos entre as partes. Além disso, é crucial respeitar a confidencialidade, incentivando a livre troca de informações e preocupações com base na confiança nas habilidades do mediador, e; (vi) Negociação: Durante esta fase, as partes trabalham na formulação de ideias e propostas que atendam aos seus interesses, seja em conjunto ou separadamente, em salas distintas, se necessário.

De modo concernente aos métodos de dissolução de conflitos pela via judicial, o Sistema MultiPortas tem a finalidade de aperfeiçoar a resolução de contendas, com vista a desobstruir o poder judiciário, através de outras "portas" distintas da sentença prolatada pelo magistrado.

Por fim, analisa-se a real efetividade social da conciliação e mediação no âmbito do direito familiar, à medida que o judiciário, abarrotado com demandas, fruto do garantismo constitucional, do ativismo do poder judiciário ou do simples pertencimento a uma sociedade de direitos, consiga de fato lidar com as demandas que lhe são apresentadas.

2 ADR E O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A doutrina e jurisprudência que discorrem acerca da mediação e conciliação no âmbito da gestão de conflitos familiares é vasta e uniforme em assegurar que esses métodos se mostram os mais eficazes e produtivos para a dissolução de lides familiares.

De maneira transversal se observa o direito de família, pois é o ramo do direito intimamente ligado à vida, ao sentimento e as construções que persistem em todas as esferas afetivas estabelecidas em âmbito familiar. Assim, está relacionado à união de indivíduos através da manifestação livre e consciente de vontade, muitas vezes apresentada como de difícil manutenção e harmonização. Nesse sentido, segundo Lavinia Costa Santos Pinho, diante seu estudo sobre "A conciliação como instrumento de acesso à justiça e efetivação de direitos no âmbito familiar",

> O conflito é solucionado pelas partes e a existência do terceiro serve como facilitador para que elas reorganizem-se sem ser levadas pelas emoções, preservando-as, e possibilitando restaurar o relacionamento após o conflito. É um processo educativo, centrado no diálogo e no respeito mútuo. Não oneroso e menos desgastante, é rápido e eficaz extinguindo a lide imediatamente com autonomia sem correr o risco de

haver vitoriosos e perdedores. (Pinho, 2016 s/n).

Deste modo, as decisões que envolvem o núcleo familiar, buscam a manutenção e não a extinção dos relacionamentos, já que estes precisam, em tese, perdurar, evitando o desfazimento da família previamente constituída. Seguindo este esteio lógico, é ressaltada no ensaio de Conrado Paulino da Rosa sobre "Mediação: uma nova alternativa no tratamento dos conflitos familiares", a importância dos métodos alternativos de dissolução de conflitos:

> As disputas familiares, por definição, envolvem relacionamentos que precisam perdurar. A síndrome do perde-ganha dos tribunais provoca um verdadeiro desastre numa família que se desfaz. Sabe-se que o ajuizamento da petição inicial toma a forma de uma autêntica 'declaração de guerra', e o vínculo do ódio, da vingança e da perseguição pode arrastar-se durante anos, dificultando a ambos o refazer da vida em outras direções, perpetuando a ligação numa estranha forma de fidelidade (Rosa, 2009, s/n)

Se, de certa forma, relacionamentos em tese precisam perdurar, Conrado Paulino (2009) afirma acerca da necessidade de tais relações perdurarem; trata-se de um pêndulo diante aquela síndrome "perda-ganha" que compete exclusivamente às partes envolvidas decidirem. Além disso, Maria Helena Diniz discorre que:

> A mediação procura criar oportunidade de solução de conflito, possibilitando que, com maturidade, os protagonistas repensem sua posição de homem, mulher, pai e mãe, verificando seus papéis na conjugalidade e na parentalidade, e impedindo violência nas disputas de filhos menores e pelas visitas. Com isso, protege-se a prole do comprometimento psicológico e psicossomático, tão frequentes no período pós-separação ou pós-divórcio dos seus pais. (Diniz, 2010, p. 361)

Desse modo, a proteção dos laços familiares se revela como o aspecto fundamental para a condução de conflitos de maneira mais harmoniosa e com menos complexidade, evitando litígios prolongados. Os benefícios claros apresentados pelos métodos de resolução de conflitos incluem: (i) Preservação de Relações: A conciliação desempenha um papel fundamental na restauração da comunicação entre as partes envolvidas, permitindo que elas construam suas próprias decisões; (ii) Redução de Traumas: Evitar processos judiciais, que podem ser desgastantes em todos os aspectos, especialmente em nível emocional, reduz a possibilidade de causar traumas irreparáveis, especialmente para os mais vulneráveis, como os filhos; (iii) Economia de Tempo e Recursos: A

conciliação, ao preservar o relacionamento saudável entre as partes e, em alguns casos, ser um processo mais rápido, resulta em economia tanto de recursos processuais quanto emocionais. Além disso, a homologação do acordo contribui para a simplificação das estatísticas processuais, diminuindo os custos financeiros; (iv) Confidencialidade: As sessões individuais de conciliação são estritamente confidenciais, permitindo que as partes expressem seus sentimentos e emoções sem o temor de julgamento. O que é discutido nessas sessões não pode ser usado posteriormente contra elas, e; (v) Personalização das Soluções: As soluções são adaptadas às necessidades específicas das partes envolvidas, proporcionando maior flexibilidade e controle sobre o resultado, uma vez que são construídas em colaboração com as pessoas que experimentaram as decisões tomadas.

Para além da modernidade "sólida", da prestação jurisdicional engessada ao devido processo legal. A percepção da modernidade, no contexto da teia social é orgânica, segundo Zygmunt Bauman, em sua obra "Modernidade Liquida" (2001), uma modernidade imediata pode ser sensivelmente leve e fluída e, nesse sentido, suplanta o constructo da modernidade "sólida" evidenciada como experiência social nos anais da história e do Estado-juiz. Nesse sentido, a transição daquilo nominado como sólido para o fluído carreou profundas mudanças em todos os aspectos da vida humana.

> A modernidade significa muitas coisas, e sua chegada e avanço podem ser aferidos utilizando-se muitos marcadores difererentes. Uma caracterísitica de vida moderna e de seu moderno entorno se impõe, no entanto, talvez como a "diferença que faz a diferença"; como o atributo crucial que todas as demais caracterísiticas seguem. Esse atributo é a relação cambiante entre espaço e tempo, (Bauman, 2001, p. 16).

Ademais, "Vivemos na cultura digital", uma ideia que vem sendo exposta há algumas décadas; pensadores como Manuel Castells em sua obra 'A sociedade em rede' (2000) bem como Pierre Lévy em sua obra 'A Conexão Planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência' (2001) cortejam a temática do universo digital e informática, e observam as transformações sociais diante das novas tecnologias impulsionadas pela revolução tecnocientífica. No mesmo sentido Deleuze afirma há facilidade de "fazer corresponder a cada sociedade certos tipos de máquinas, não porque as máquinas sejam determinantes, mas porque elas exprimem as formas sociais capazes de lhes darem

nascimento e utilizá-las.", (Deleuze, 2013, p. 223). Ora, diante uma modernidade líquida, inserida numa cultura digital, diante uma sociedade em rede quiçá numa conexão planetária, a velocidade da informação influencia sobremaneira instrumentos para solucionar conflitos. Dito de outra forma, o método analógico, a sentença impressa, o processo de conhecimento não deixam de ser protagonistas no devido processo legal; contudo, ADR´s exprimem àquela liquidez de uma sociedade que, ao seu turno, imergiu na era do conhecimento e informação.

2.1 Conflitos no âmbito familiar

Com o viés de entender a justiça como algo mutável e passível de modificação ao tempo e lugar onde está inserida, Giselda Hironaka, em seu artigo "Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família" esclarece que:

> Na percepção de justiça, por exemplo, aquilo que se apresentar de modo repetitivo, encaixado em formulações pré-estabelecidas, aquilo que se multiplicar tantas vezes quanto seja desejável fazê-lo, tende a parecer mais seguro e, daí então, deve decorrer a ideia de segurança jurídica, este padrão aprisionador de concepções, este denominador comum de repetição, este paradigma inacreditavelmente inamovível... Numa ideia assim – restrita e fechada, e por isso mesmo segura – não há lugar para se pensar o novo, para se adequar o tempo, para fazer fluir apenas o justo. Parece que, neste tipo de concepção mais restritiva de justiça, tenha sido preferível a justiça segura à justiça justa. (Hironaka, 2006 p. 02)

Nesse contexto e de acordo com o raciocínio da autora mencionada anteriormente, o domínio do direito familiar se situa mais próximo do âmbito "não jurídico" no contexto geral do direito. Isso ocorre porque engloba relações pessoais que, em sua maioria, não obedecem a uma lógica estritamente racional, mas são influenciadas por emoções, afeto e pela complexidade da linguagem do outro, que é um ser externo com pensamentos e discernimentos únicos, variáveis que não podem ser previstas nem seguidas rigorosamente pelas normas legais. O afeto representa a pedra angular do direito familiar, sendo a capacidade de expressar carinho e coexistir com outros indivíduos, tanto na construção quanto na dissolução de relacionamentos; fato é que, tal cenário é construído com o objetivo de proteger o bem-estar do indivíduo diante das possíveis angústias e desafios que possam surgir ao longo do caminho.

Por este fato, os membros do judiciário, quais sejam advogados, serventuários, conciliadores e mediadores, não devem insistir no conflito para além de sua estrutura real, movidos pelo costume de atuar no direito familiar como se atua em outros aspectos do direito. Lidar com a família é atuar mais com o sentimento e menos com as leis, entendendo que esse ramo envolve muito mais problemas que podem ser resolvidos com uma simples conversa do que com a aplicação de uma sanção impositiva do Estado.

A principal complexidade ao lidar com questões relacionadas ao direito de família reside na capacidade dos profissionais envolvidos de compreender e reconhecer que as nuances que permeiam a convivência familiar não estão previstas nas minúcias das doutrinas legais e constitucionais, mas sim estão enraizadas no âmago, na esfera pessoal e intrínseca de cada indivíduo. Portanto, mediadores e conciliadores familiares precisam encarar cada sessão como uma experiência única, permeada por questões, desafios e pensamentos singulares.

2.2 - Cinco estratégias para a gestão e solução de conflitos

(I) Reconhecimento da Oportunidade: Esse momento ocorre quando se ajusta a perspectiva através da qual o conflito é percebido. Ao adotar uma visão positiva do confronto, torna-se possível identificar que cada conflito representa uma nova chance de crescimento, desenvolvimento pessoal e aprendizado diante dos desafios para as partes envolvidas. No contexto jurídico de uma sessão de conciliação ou mediação, quando a parte entra na sala para relatar sua situação com o objetivo de resolver seus problemas, cabe ao mediador ou ao atendente ter um olhar atento e acolhedor em relação à parte que possa estar angustiada ou desconfortável. Para muitos, a via judicial é vista como a única maneira de proteger seus direitos, e é missão do atendente ou mediador ouvir, compreender e apoiar o assistido a fim de extrair dele todas as preocupações e aflições. A partir desse entendimento, torna-se evidente o potencial que existe para oferecer a conciliação e/ou mediação como uma alternativa eficaz.

(II) Fomente uma cultura que valorize a troca de feedback construtiva: Recomenda-se que o conciliador/mediador incentive sua equipe e os envolvidos a

fornecerem feedback de forma regular e construtiva. Todos devem começar a demonstrar audácia ao promover a transparência por meio de exemplos. Permitir que verdades difíceis sejam reveladas gradualmente contribui para a criação de um ambiente de confiança e compreensão nas sessões, onde as partes podem livremente expressar suas aprovações e desacordos. Esse processo, ao reduzir o risco de conflitos futuros, facilita um diálogo aberto e faz com que as partes se sintam valorizadas, elevando seu nível de envolvimento. Assim, quando novos desafios surgirem, estarão mais inclinadas a receber opiniões com mente aberta e disposição para considerar diferentes perspectivas.

Na sala de conciliação, as partes comparecem juntas em datas e horários previamente agendados, e o conciliador tem a responsabilidade de criar um ambiente agradável que promova um diálogo saudável. Inicialmente, pode-se iniciar a conversa com tópicos leves, assuntos em que todos concordem, como a história do casal, data de casamento, filhos, número de filhos, educação deles, entre outros. Esse início menos competitivo permite que o conciliador introduza gradualmente o motivo que levou o requerente a buscar conciliação, oferecendo a oportunidade de falar sem interrupções. Posteriormente, o requerido pode expor seu ponto de vista da mesma forma, sem interrupções, promovendo um ambiente propício para um diálogo eficaz. Após as escutas, o conciliador tenta extrair algumas possibilidades para a construção de acordo e pode também propor algum ou alguns itens.

Desta forma, constrói-se uma composição amigável.

Se a construção de acordos não puder ser alcançada em uma única sessão, entra em cena a mediação, que envolve o agendamento de futuras reuniões com escutas individuais das partes, seguidas de encontros conjuntos. O mediador desempenha o papel de acolher, ouvir e fornecer orientações sobre comportamentos, com o objetivo de facilitar a criação de acordos saudáveis. Em determinados momentos, o mediador pode sugerir a inversão de papéis entre as partes, permitindo que cada uma compreenda a perspectiva do outro. Outra estratégia envolve a busca não por culpados, mas sim pela identificação da raiz do problema apresentado. A abordagem que encara os desafios como oportunidades de crescimento também pode ser mencionada, pois essas estratégias impactam positivamente na construção de relacionamentos familiares harmoniosos e na

formulação de soluções que as partes podem aplicar ao longo de suas vidas.

(III) O conciliador-mediador deve ser proativo, mas com o comprometimento de não tirar conclusões precipitadas: nas sessões o conciliador deve procurar evitar que comportamentos problemáticos cresçam além do esperado, tomando uma decisão rápida para se evitar a contenda. Porém, não deve tirar conclusões precipitadas antes de chegar a um entendimento completo da situação, com a escuta de todos os envolvidos.

Outro modo de ser proativo é medir as palavras para evitar ser a fonte de conflitos em primeiro lugar, como colocar as ideias através de palavras simpáticas e gentis ou ainda tentar ver-se no lugar do outro.

(IV) Não usar e-mail ou outros meios eletrônicos para entender, gerenciar e resolver conflitos: o gerenciamento e a dinâmica da conciliação e da medição deve ser apresentado de forma presencial, onde existe o "*olho no olho*" e a escuta direcionada para percepção dos sentimentos de cada um para a elaboração de soluções amistosas. Em algumas situações, pode-se até aceitar, uma ou outra sessão por videoconferência, mas em ocasiões excepcionais e não de forma rotineira. O fato de estar perto, por mais tecnológico que esteja a nossa sociedade, ainda é a melhor forma de exposição de ideias, sentir o outro e analisar as situações de declarações de forma mais humanizada.

(V) Engaje-se de forma construtiva através da comunicação: Antes de chegar a qualquer conclusão, é imperativo que o conciliador-mediador esteja aberto à ideia de que a outra pessoa pode estar correta desde o início, e que compreenda a perspectiva dela. Uma abordagem frequentemente eficaz envolve o conciliador começar por compartilhar uma história do seu cotidiano que destaque pontos que tragam à mente uma situação semelhante vivida pelas partes, de maneira envolvente e descontraída. Isso tem o efeito de retirar as partes do centro do palco e permitir que elas enxerguem os desafios a partir de uma perspectiva diferente. Para alcançar um resultado positivo na mediação de conflitos, é crucial dominar a arte da negociação, praticar a empatia, ouvir ativamente, empregar comunicação verbal e não verbal de maneira eficiente e, principalmente, demonstrar compreensão pelo sofrimento e pelos sentimentos alheios. Em muitos desses aspectos, a boa comunicação desempenha um papel fundamental. A comunicação eficaz tem sido parte intrínseca da experiência humana desde os primórdios da sociedade, e continua a ser a base que permite a transmissão de ideias e pensamentos, além de facilitar

a resolução pacífica de conflitos, desde tempos imemoriais até os dias de hoje.

Conveniente se faz dizer que todos os profissionais, sejam do direito ou de outras áreas que atuam como conciliadores e mediadores, são treinados para manejar as sessões, para acolher os assistidos e amparar os conflitos de modo saudável. Muitas partes após a realização das conciliações se mostram convencidos de que foi a melhor coisa que fizeram. Em tempo, com relação a comunicação pode-se fazer um adendo sobre a comunicação não-violenta, bastante mencionada nos estudos, pesquisas e no dia a dia das conciliações e das mediações.

Marshall Rosenberg, 2021, define a comunicação não-violenta como uma abordagem da comunicação, que compreende as habilidades de falar e ouvir, que leva os indivíduos a se entregarem de coração nas relações, possibilitando a conexão com si mesmos e com os outros, permitindo, deste modo, que a compaixão se desenvolva. A comunicação não-violenta prioriza o fortalecimento dos laços familiares e a continuidade de bons relacionamentos no lar.

A comunicação não-violenta é formada por quatro pilares: observação, sentimento, necessidade e pedido. Desta forma, o conciliador em suas abordagens pode usar a linguagem da paz, com o objetivo de estimular uma escuta empática, onde os envolvidos podem falar das suas necessidades para chegarem a um consenso usando os quatro elementos: observação sem julgamentos, a afirmação dos sentimentos positivos ou negativos, a exposição das necessidades dos envolvidos e a realizações dos pedidos para a solução harmoniosa do conflito apresentado, um caminho conciliador e pacífico.

O mediador, portanto, facilita o diálogo, aproxima as partes e viabiliza o contato de todos para a resolução dos impasses e promoção da paz. Esta atuação tem, acima de tudo, a proposta de antecipar um acordo para que não seja necessária a sua resolução na esfera civil. Um dos objetivos da conciliação e da mediação é resolver os conflitos para que ambas as partes se comprometam com a solução e saiam ganhando. É evidente que na elaboração de um acordo existem as fases de escuta, discussão e engajamento na construção das melhores soluções.

A principal vantagem é a possibilidade de resolver o conflito de forma mais rápida, menos onerosa e menos desgastante. Outro ponto é que a resolução costuma ser considerada mais justa já que os próprios envolvidos a constroem.

A mediação é um processo voluntário que possibilita àqueles que estão vivenciando um conflito, a oportunidade e o espaço adequados para solucionar questões relativas ao objetivo da demanda, evitando judicializar uma questão na qual o diálogo ainda pode ser efetivo. Nesse sentido, a mediação não é um método no qual as pessoas se tornam adversárias, mas sim um meio utilizado para auxiliar as partes a melhor entender os conflitos, identificar os seus valores e necessidades, bem como pesquisar seus interesses, tudo isso por meio do diálogo respeitoso que deverá resultar na escolha das melhores e mais saudáveis soluções, devolvendo a paz e a harmonia aos envolvidos.

Convém expor também a importância da prática na atuação da resolução dos conflitos, como ações de escuta ativa (sem julgamentos), a participação dos envolvidos na solução do problema e principalmente no diálogo. É importante, por exemplo, que cada um se responsabilize de forma legítima pelo dano que tenha causado e assim, juntos, construírem soluções harmoniosas, sempre visando a paz e convívio salutar entre todos.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de novembro de 2021 a outubro de 2022, foram realizadas 2.314.548 audiências de conciliação e mediação que não envolviam procedimentos criminais, das quais 1.498.745 resultaram em decisões terminativas homologatórias de acordo.

Em se tratando do estado de Minas Gerais, foram realizadas 346.952 audiências de conciliação e mediação no mesmo período, das quais 141.607 resultaram em decisões terminativas homologatórias de acordo. Em 2021, os Centros de Conciliação e Mediação mineiros foram destaque na realização de acordos, sendo realizadas 2.116 sessões de conciliação, onde mais de 58% resultaram em acordo e apenas 10,1% dos casos foram encaminhados para judicialização, por divergência entre as partes ou sua ausência. Cerca de 12% dos casos foram arquivados. Apenas em 3,4% dos casos houve desistência pela conciliação.

As principais demandas são as relacionadas a divórcio, com 964 sessões realizadas; alimentos, com 554 sessões; reconhecimento espontâneo e investigação de paternidade pelo DNA, com 113 sessões.

O projeto “Conciliação em Domicílio”, implantado pelo Tribunal de Justiça do

Estado de Minas Gerais (TJMG), premiado pelo CNJ na 13ª edição do Prêmio Conciliar é Legal, permite que as partes negociem sem a necessidade de deslocamento ao fórum, através de um oficial de justiça parceiro na conciliação. Assim, caso haja interesse das partes na conciliação, o oficial poderá receber a proposta de acordo e certificar a negociação, com posterior registro para que a parte contrária seja intimada da proposta, aceitando ou recusando-a.

O projeto foi iniciado em janeiro de 2021 e até março de 2022, foram homologados 71 acordos mediados por oficiais de justiça dentro do tribunal mineiro, com expectativas de aumento no número de acordos e diminuição no número de litígios. Os números e percentuais apresentados refletem a realidade do direito brasileiro, onde muitos apresentam uma aceitação e preferência pela conciliação, seja por sua agilidade, economia e desburocratização, mostrando-se um meio não mais alternativo, mas adequado para dissolução de conflitos e evitando que o contencioso alcance as esferas jurídicas e infle ainda mais o poder judiciário.

3. METODOLOGIA E MÉTODO

A metodologia empregada no presente artigo é a pesquisa documental, a partir da análise de doutrinas, artigos científicos, monografias, jurisprudências e leis sobre o direito de família, conciliação e mediação. O método de abordagem será o hipotético-dedutivo, com o intuito de preceituar o impacto que esses meios alternativos de solução de conflitos causam no direito de família. Nesse contexto, o apoio no método hipotético-dedutivo, que orbita, àquela metodologia exploratória, pois "se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos acerca da qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese" (Lakatos, 1986, p. 106)

A partir da identificação e definição da conciliação e mediação e seu impacto no direito familiar, será demonstrado os pontos negativos e positivos que convergem, a fim de que a judicialização da lide seja evitada e resolvido o problema dos inúmeros processos já em andamento, sendo uma forma positiva de desafogamento do Judiciário.

4. DESAFIOS DA CONCILIAÇÃO

Alguns profissionais do direito destacam que o maior desafio da conciliação no Brasil é o desafio cultural - a cultura do litígio - onde as pessoas entendem que os conflitos são inerentes à cultura humana. A justiça valoriza um sistema adversarial, qual seja, a cultura da sentença e de se saber quem ganhou e quem perdeu.

A solidificação de uma cultura de mediação tem início, primeiramente, com a conscientização dos advogados, com a visão de forma adequada da figura do mediador, bem como sobre o modo de conduzir-se e uma interação advogado-mediador-partes.

Com o CPC de 2015 a cultura modificou-se diante da possibilidade da conciliação e mediação, trazendo ferramentas para a promoção de soluções amigáveis, para a reestruturação dos vínculos familiares, o que beneficia toda sociedade; outro âmbito de desafio visto pelos mediadores se mostra na condução do procedimento, sendo eles: a interpretação do conflito, a retomada dos fluxos comunicacionais e o enfrentamento do problema sem emitir opinião ou assumir uma posição. Os esforços para uma mediação responsável e com credibilidade exigem boa preparação e estudo constante.

Convém ser mencionada a possibilidade de haver resistência de uma das partes em participar do processo de mediação, tendo em vista que a decisão final não é vinculativa, ou seja, as partes não estão obrigadas a cumprir o acordo firmado na medição, e em alguns casos pode não ser possível chegar a este acordo amigável.

4.1 Tribunal multiportas

O Sistema Multiportas é uma construção, baseada no aproveitamento dos meios alternativos de dissolução de conflitos, por meio do qual as partes em litígio possuem, em seu dispor, inúmeras formas de estabelecer acordos de modo autônomo, sem a influência de um terceiro e necessariamente uma sentença magistral. Nessa perspectiva, Marcos Antônio Lorecini (2020) expõe que:

> O Sistema Multiportas é o nome que se dá ao complexo de opções, envolvendo diferentes métodos, que cada pessoa tem à sua disposição para tentar solucionar um conflito. Este sistema pode ser articulado ou não pelo Estado, envolver métodos heterocompositivos ou autocompositivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a participação do Estado. Ele será mais ou menos amplo em razão de diferentes características do conflito. (Lorecini, 2020, p. 42)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução 125/2010, instituiu a criação dos centros judiciários de dissolução de conflitos e cidadania (CEJUSCS), com a essência de retirar da justiça tradicional a exclusividade para resolução de controvérsias.

Dentre várias iniciativas de sucesso na aplicação da gestão de conflitos, traz-se a luz o "Projeto Família em foco", realizado pelo Núcleo Virtual de Mediação e Conciliação de Família (NUVIMEC FAM), dentro do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Nos primeiros seis meses de 2023, foram realizados, em 92% dos casos, acordos com a mediação pré-processual no âmbito familiar.

O projeto consiste em realização de mediações em todos os conflitos envolvendo família e somente em caso de não acordo, a lide segue para os trâmites processuais. As vias utilizadas são a Defensoria Pública do DFT e os casos solicitados pela população, contendo divórcio, pensão alimentícia, disputa por guarda e convivência com os filhos, dentre tantos outros. Nesse mesmo sentido, as jurisprudências consolidadas entendem que:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - POSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DE RECURSO APÓS A EXTINÇÃO DO FEITO - PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL E PRESTÍGIO AOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL
> DE CONFLITOS
> É premissa do Código de Processo Civil em vigor o estímulo das partes a métodos de solução consensual de conflitos, existindo, assim, um compromisso com a resolução do litígio em sentido amplo, independentemente do momento processual que se realize tal tentativa, nos termos dos artigos 3°, § 3° e artigo 139, inciso V, ambos do aludido diploma legal - De rigor a reforma da r. decisão agravada para o fim de reconhecer a possibilidade de homologação de acordo, independente do trânsito em julgado da r. decisão anteriormente proferida, sem que haja violação à coisa julgada, ficando a cargo do R. Juízo a quo a verificação da presença dos requisitos formais. RECURSO PROVIDO.
> Agravo de Instrumento n° 2246338-19.2020.8.26.0000.

A jurisprudência acima refere-se ao Agravo de Instrumento processado pelo Tribunal de Justiça no ano de 2020, confirmando a relevância do princípio da economia processual em face da tentativa de conciliação em todas as fases processuais.

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO CONSENSUAL.ACORDO EXTRAJUDICIAL CELEBRADO NO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E

> CIDADANIA (CEJUSC). MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL. ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE AFASTADA. SENTENÇA MANTIDA.
> I- A controvérsia cinge-se na legalidade da sentença que homologou o acordo celebrado entre as partes em audiência de mediação pré-processual, realizada no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), sem a participação de advogado.
> II - O Poder Judiciário, visando assegurar a todos o direito à solução dos conflitos e minimizar problemas no que se refere à duração de processos, implantou o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC, nos termos da Resolução n° 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, e regulamentado pela Lei n° 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
> III- Tratando-se o caso em análise de mediação extrajudicial, aplicável o artigo 10 da Lei n° 13.140/2015. que estabelece a intervenção do advogado como uma faculdade e, não, como uma obrigação das partes, sendo referido dispositivo confirmado pelos enunciados n°s 21 e 24 do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (FONAMEC), que reputam desnecessária a participação de causídico em casos relacionados ao Direito de Família, em virtude do caráter consensual do procedimento.
> IV- Some-se, ainda, o fato de que os requerentes/apelados, após a interposição do recurso de apelação, constituíram advogado e reiteraram os termos do acordo, não havendo razões a justificar a pretendida desconstituição da sentença. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA.
> Apelação Cível n° 0063676-90.2017.8.09.0072

Conforme a decisão proferida na Apelação Cível pelo Tribunal de Justiça do estado de Goiás, não é mandatório que um advogado esteja presente durante as sessões de mediação e conciliação. A participação de um advogado é facultativa e fica a critério das partes envolvidas. No entanto, se uma das partes optar por comparecer à sessão acompanhada por um procurador legal, a sessão deve ser temporariamente suspensa ou um advogado dativo será designado para representar a parte ausente no ato. Assim, os acordos realizados dentro do âmbito conciliatório, não exigem a presença de um advogado, contudo, caso uma das partes esteja representada, a audiência será suspensa ou será nomeado um advogado dativo, na falta de um defensor público, para o ato.

5. A EFETIVIDADE SOCIAL DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Conforme preconiza Bacellar (BACELLAR, 2016, p. 43) existem diversos posicionamentos acerca da judicialização, que pode ser "ótima porque permite ao cidadão acessar o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos fundamentais, individuais e sociais e para exigir o cumprimento da Constituição", mas em contrapartida, "é péssima porque determina uma intervenção indevida do Poder Judiciário na vida dos cidadãos e em suas relações sociais, além de ser nefasta por desenvolver um indevido ativismo judicial e politizar o Poder Judiciário."

Exigir que o poder judiciário consiga, de modo efetivo e eficaz, processar e julgar a quantidade exorbitante de processos que são iniciados todos os dias afeta diretamente os princípios manifestados no Novo Código de Processo Civil de 2015, como o amplo acesso ao poder jurisdicional e a célere resolução de conflitos.

Em resposta a esse embate, a conciliação e a mediação surgem como métodos para desafogar o contencioso jurisdicional e acelerar a resolução de conflitos, de maneira menos morosa e dispendiosa.

Contudo, para que sejam alcançados os objetivos da conciliação e mediação, é essencial que a sociedade como um todo os encare como sendo partes integrantes e de importância para o judiciário. Percebe-se que, muitas vezes, por não existir lide, magistrado e todo o aparato burocrático estatal, os meios alternativos de resolução de conflitos são descredibilizados por quem os socorre. Assim, há o descumprimento, integral ou parcialmente, das cláusulas previstas no acordo, o rompimento dos laços pré-estabelecidos dentro da sessão, o desrespeito com o conciliador e mediador que atua na causa.

Destarte, a conciliação e a mediação são um trabalho conjunto, das partes e do presidente da sessão, para que, de forma contínua e segura, possam alcançar a resolução das questões pertinentes ao caso, com o devido respeito e crédito que lhe são inerentes; ademais, para além a eficácia jurídica das diretrizes normativas existentes no ordenamento jurídico pátrio, a efetividade social resta desvelada diante a possibilidade de soluções de conflitos céleres através de ADR´s que, ao seu turno, concretizam a eficiência na prestação jurisdicional do Estado-juiz.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conciliação e a mediação são ferramentas valiosas na gestão de conflitos no âmbito familiar. Eles promovem a comunicação, a compreensão mútua e a colaboração, facilitando a resolução de conflitos de maneira mais harmoniosa e satisfatória para todas as partes envolvidas. No entanto, é importante considerar que esses métodos não são adequados para todos os casos, e a escolha entre conciliação, mediação ou controvérsia deve ser feita com base nas situações individuais do conflito. Na última análise, a promoção e a implementação eficaz da conciliação e da mediação podem contribuir para a construção de famílias mais saudáveis e de sociedades mais resilientes.

Em suma, mais do que comprovadamente acelerar o processo de resolução de disputas, a conciliação e mediação permite dirimir lides sociológicas. Estas práticas de consensualização da justiça através de soluções amistosas possibilita que o Poder Judiciário possa ser visto sob outra ótica, sob uma ótica mais humana e célere.

Como pilar essencial para a construção da sociedade, o direito apresenta-se como uma porção real e pessoal, de homem para homem, que quando conservada, conserva toda a sociedade e quando corrompida, a corrompe. Assim, o direito conserva toda a sociedade, sendo o meio de garantir a paz e a seguridade. Por essa perspectiva, o direito precisa alcançar a todos, ser de fácil e rápido acesso, construir soluções e caminhar ao lado e com velocidade similar à caminhada pela coletividade. Por essa razão, a conciliação e a mediação transformaram-se em ferramentas essenciais para a desburocratização do direito e para a resolução de conflitos de modo que concessões mútuas sejam realizadas, por um bem comum.

Como um ramo particular, o direito de família avança em suas conciliações e mediações ao redor do país, com Centros de Conciliação, Mediação e Cidadania (CEJUSCS) capacitados e especializados para o atendimento da população de um modo geral. Ao passo que a especialização legal é de suma importância, o aparato psicológico proporcionado por esses centros é de grande valia, haja vista que muitos dos problemas que envolvem os núcleos familiares, são de caráter emocional.

Realidades complexas na senda familiar contemporânea demandam soluções factíveis e céleres. A CF/88 no art. 226 ao afirmar que famílias têm especial proteção do

Estado, determina em outras palavras que o Estado-juiz tem o "*devir*" de agir, ou seja, cabe ao poder judiciário criar mecanismos que viabilizem não apenas a eficácia jurídica das diretrizes normativas insculpidas no ordenamento jurídico pátrio para a senda familiar; mas também, compete ao Estado-juiz a busca pela efetividade social na aplicabilidade de tais normas. Por derradeiro, ainda há muito o que avançar com relação ao desenvolvimento e ampliação da mediação e da conciliação, bem como a atuação desses instrumentos em mais casos, porém é inegável o êxito que lhes são inerentes.

7. REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2015. – (Coleção Saberes do Direito; 53) 1. Arbitragem (Direito) - Brasil 2. Mediação - Brasil I. Título. Ii. Série.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: Educar para Mediar, p. 36-45. In: **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia** Nº 23 - Verão 2016, São Paulo Oab/Sp – 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n°505, 20 de março de 2007**. Altera dispositivo do Código Civil para inserir a mediação familiar como recomendação na regulação dos efeitos da separação e divórcio. Disponível em https://tinyurl.com/2s7cn6ux. Acesso em 07 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n°4827, 10 de novembro de 1998**. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em https://tinyurl.com/yyjuuntz. Acesso em 07 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 out. 2023.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14 out. 2023.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Editora Paz e Terra, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso À Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Atuação dos Centros de Conciliação e Mediação é destaque da Defensoria mineira em 2021.** Disponível em https://www.cnj.jus.br/atuacao-dos-centros-de-conciliacao-e-mediacao-e-destaque-da-defensoria-mineira-em-2021/. Acesso em 07 de out. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Guia de Conciliação e Mediação. Orientações para implantação de CEJUSCs** Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf. Acesso em 07 out. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Prêmio Conciliar é Legal 2022.** Disponível em https://painel-conciliacao.stg.cloud.cnj.jus.br/. Acesso em 06 de out. 2023.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. 3. ed. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2013.

DIAS, Maria Berenice. A Ética do Afeto. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 668, 2005. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/noticias/a-etica-do-afeto/136583. Acesso em 14 out. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 6: direito de família, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC, p. 1-21. In: VVAA. **O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo, Atlas, 2015.

GROSSI, Tereza Mônica Menezes. **Movimento Pela Conciliação Numa Perspectiva Social – Democrática**. 2009. 126p. monografia para obtenção do título de especialista em direito constitucional. Universidade Estadual Vale Do Acaraú. Ceará, Fortaleza. 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos, p. 01-12. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Coord. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana**, Belo Horizonte: IBDFAM. 2006. Disponível em https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/18.pdf. Acesso em 06 out. 2023.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2011LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias** – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LÉVY, Pierre. **conexão planetária, A**. Editora 34, 2001.

PINHO, Lavinia Costa Santos. A conciliação como instrumento de acesso à justiça e efetivação de direitos no âmbito familiar. In: **Âmbito Jurídico.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com. Acesso em 07 de out. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. Mediação: uma nova alternativa no tratamento dos conflitos familiares. In: **Âmbito Jurídico.** Disponível em https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-64/mediacao-uma-nova-alternativa-no-tratamento-dos-conflitos-familiares/. Acesso em 04 de out. de 2023.

ROSENBERG, Marshall B., **Comunicação Não Violenta -** 5 ed - São Paulo: Editora Ágora, 2021.

SALES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução do controversa coordenação** - 3 ed - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Fernanda. Opção por mediação e conciliação, p. 07-14. In: **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia** Nº 23 - Verão 2016, São Paulo OAB/SP - 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. TJSP. Acórdão no Processo n° 1151243516-19.2020.8.26.0000. Data da Decisão: 08/01/2021. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1151243516. Acesso em 14 out. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. TJGO. Acórdão no Processo n° 762972134-90.2017.8.09.0072. Data da Decisão: 24/09/2019. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-go/762972134. Acesso em 14 out. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. TJDFT. Disponível em: www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2023/julho/mediacao-de-familia-alcanca-92-de-acordo-e-evita-mais-de-2-mil-novas-acoes. Acesso em 07 de out. 2023.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**, v. 6. São Paulo: Atlas, 2007.

Programa de Pós-Graduação em DIREITO Gestão de Conflitos
II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E GESTÃO DE CONFLITOS
TRANSFORMANDO CONFLITOS EM OPORTUNIDADES: INOVAÇÃO E RESILIÊNCIA NA ERA JURÍDICA

ADR's - MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOB A PERSPECTIVA DO PÓS HUMANISMO E DA PÓS MODERNIDADE

MONTEFUSCO, Renato Zanolla[1]
TOMAZELI, Maristella Rossi[2]

RESUMO: O objetivo geral desta pesquisa visa cotejar métodos alternativos de solução de conflitos e o objetivo específico se debruça nas ADR`s (*alternative dispute resolutions*) e relaciona, no ordenamento jurídico pátrio, a conciliação e a mediação a partir de uma perspectiva do Pós Humanismo e da Pós Modernidade; diante a utilização do Sistema Multi Portas, para resolução de disputas, a obtenção e manejo de informações que auxiliem tanto o planejamento de estratégias jurídicas quanto tomadas de decisões é de mais valia para a celeridade e eficiência na possível solução de litígios, além de ter o condão de desobstruir o Estado-juiz, assoberbado de processos, por outras vias; dito de outra forma, portas. O viés empírico deste estudo cotejará a questão da judicialização da saúde como paradigma ao esgotamento sistêmico do poder judiciário em face da devida prestação jurisdicional desvelando possível utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos para fomentar possível caminho à eficiência estatal. Diante este cenário, a pesquisa se apoiará na metodologia qualitativa documental em atenção a necessária análise da legislação doméstica, experiência jurisprudencial e doutrinária afeta ao amplo acesso à justiça e como a mediação e a conciliação atuam nessas esferas; em tempo, o método hipotético-dedutivo cauciona a pesquisa, pois o estudo se inicia em premissas gerais para chegar a conclusões específicas por meio de raciocínio lógico onde o cortejo de impactos dos meios alternativos de solução de conflitos serão trazidos à baila.

Palavras-chaves: conciliação; mediação; humanismo; núcleo jurídico e conflitos.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

1 INTRODUÇÃO

[1] Doutorando no PPGCTS-UFSCar. Mestre em Direito pela UNIVEM. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UEL. Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG. e-mail: renato.montefusco@uemg.br; ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1294-0844
[2] Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG. e-mail: maristella.2199440@discente.uemg.br; ORCID: https://orcid.org/0009-0008-9777-4374

UNIARA UNIVERSIDADE DE ARARAQUARA

A eficiência dos institutos jurídicos tradicionais e sua atuação de modo célere é um dos principais obstáculos à eficácia do direito brasileiro. Nesse viés, reformas e alterações foram gradualmente realizadas nos diferentes sistemas jurídicos nos anais da história. Tais reformas tinham objetivos distintos, a depender do Estado-nação onde eram realizadas, contudo alguns traços comuns poderiam ser identificados em todas as nações que se empenharam na atualização de suas estruturas judiciárias: (i) garantir o acesso à justiça; (ii) dar celeridade à prestação jurisdicional; (iii) promover, em tese, a harmonização de conflitos, e; (iv) ter eficiência.

Fato é que, mesmo diante propensas reformulações, o aumento da litigiosidade não era correspondido por uma prestação jurisdicional adequada. Na expectativa de "desafogar" a máquina estatal e ampliar o acesso à justiça, métodos advindos da ancestralidade do humano foram enaltecidos para além da mera heterocomposição sistêmica proposta, de início, pelos Estados no monopólio de dizer o Direito.

Ao afirmar a existência de uma heterocomposição sistêmica, firma-se a percepção de um constructo pugnado por Estados-nação que, no exercício de suas soberanias nacionais, estabeleceram um *"codex*" judicial; uma identidade judicial, judiciária e jurisdicional, enraizada na estrutura sistêmica estatal, floresce ao largo da história dos Estados modernos. O "humanismo" revela-se como "pano de fundo" nessa estrutura sistêmica, pois mesmo sendo entendida como uma "filosofia moral", centra o humano como elemento principal numa escala de importância das coisas; dito de outra maneira, balizado em direitos fundamentais, o Homem passa a gozar de direitos tutelados por um Estado politicamente organizado.

É neste cenário, que são observadas aquelas reformas e alterações; é neste cenário também que é observada a dinâmica da teia social. Assim, a conciliação e a mediação ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR´s) (re)surgem como um caminho eficaz ao modelo contencioso tradicional, fundado naquela perspectiva sistêmica. Fato é que, essas técnicas oferecem alternativas colaborativas, diante a autocomposição em diferentes níveis, em comparação ao método tradicional de heterocomposição impositiva, promovendo uma resolução de disputas de forma mais efetiva, preservando o bem-estar das partes e a dignidade da pessoa humana.

O novo Código de Processo Civil inovou em sua fundamentação legal, trazendo ao

direito processual brasileiro a estruturação necessária dos meios alternativos de solução de conflitos, já utilizados, porém sem o devido incentivo e preceituação legal. O principal objetivo de tais métodos é evitar que desajustes e desacordos se tornem lides judiciais, ficando à deriva de uma devida prestação jurisdicional em face da própria morosidade sistêmica estatal; neste esteio, a conciliação e a mediação representam caminho frutífero para as partes e os operadores do direito, pois corporificam mecanismos aptos à solução de contendas, com a devida chancela do Estado-juiz para homologação de possíveis acordos, sem a necessidade da heterocomposição sistêmica.

A conciliação é um processo de resolução de conflitos que envolve a intervenção de um terceiro imparcial, o conciliador; ao seu turno, este facilita a comunicação dos indivíduos inseridos em um conflito, a fim de alcançar acordo voluntário que atenda aos interesses e necessidades de ambas as partes; desta feita, a conciliação permite aos envolvidos no processo, franca participação na resolução de suas próprias contendas. Conforme preceitua Teresa Mônica de Menezes Grossi "a conciliação é o exercício diante das adversidades e a busca dos sentimentos e atitudes áureas: amor, compaixão, generosidade, paciência, perdão, solidariedade, respeito, paz, diálogo, etc." (Grossi, 2009, p. 126).

Neste contexto, a conciliação é uma técnica autocompositiva que se destaca por sua ênfase na intervenção de um terceiro imparcial, que atua como facilitador na promoção do acordo. Ao contrário da mediação, onde o diálogo é o cerne do processo, na conciliação, o foco principal está na resolução do conflito por meio de concessões mútuas. As partes envolvidas sugerem soluções e estão cientes das perdas que podem ocorrer, avaliando cuidadosamente os prós e contras.

A conciliação é frequentemente a preferência em muitos casos legais, especialmente quando as partes têm a capacidade de se comunicar, mas encontram desafios na resolução de seus conflitos. O conciliador desempenha um papel crucial, ouvindo atentamente as partes, facilitando a troca de propostas para superar o impasse e colaborando com elas na elaboração de um acordo mutuamente aceitável.

Diante essa perspectiva, mister observar a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), pois estabelece no artigo 2° que o processo será orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade,

sempre que possível buscando a conciliação ou a transação; cediço observar que tais critérios desvelam uma postura enraizada nas aprendências do humano e sua ancestralidade: o "Diálogo"! Ora, o ordenamento jurídico pátrio instrumentaliza e impulsiona a conciliação, em outras palavras, o sistema judiciário brasileiro pugna pelo "dedo de prosa" ou pela "boa conversa" em detrimento às discussões infrutíferas pautadas em processos extensos em que o direito material, muitas vezes, resta evidenciado no primeiro volume do processo, sendo certo que o restante dos volumes guardam a *expertise* processual dos operadores do direito.

Diante o contexto acima observado, o código de processo civil prezou pelos métodos alternativos para a resolução de conflitos; trouxe à baila, assim, a previsão, no procedimento comum, da audiência de conciliação e mediação. O art. 334 do CPC dispõe sobre a designação de audiência de conciliação e mediação caso a petição inicial preenche os requisitos legais, elencados no art. 319 do CPC (qualificação completa das partes, os fatos e fundamentos jurídicos, o pedido e a eventual indicação das provas). Vê-se, então, que a conciliação e mediação é uma das etapas preliminares do processo, no entanto, a qualquer momento pode ser dispensada pelas partes bem como, a qualquer momento pode ser sugerida pelas partes ou pelo magistrado; dito de outra forma, uma via de "mão dupla".

A mediação, conforme explanação de Fernanda Tartuce (2016), é uma forma de autocomposição de conflitos em que as partes já possuem vínculo anterior; o papel do mediador, nesse contexto, será no auxílio à compreensão de questões e no restabelecimento da comunicação e solução consensual do conflito. Assim, o papel do mediador não será o de emitir juízos de valor, atuando somente como condutor do caminho a ser traçado pelas partes. Em tempo, convém mencionar que durante uma audiência de conciliação, as partes têm a oportunidade de expor seus pontos de vista, discutir suas demandas e tentar chegar a um consenso sobre os termos de um acordo. Neste cenário, o conciliador desempenha um papel fundamental, atuando como um facilitador na comunicação, por vezes belicosa, de forma neutra e imparcial.

O propósito da mediação reside em auxiliar na elaboração de acordos que sirvam como um modelo de comportamento para interações futuras, tudo isso dentro de um ambiente colaborativo que permite às partes envolvidas engajarem em diálogos

construtivos sobre seus interesses e necessidades. A mediação é mais frequentemente empregada em situações de conflito que são multidimensionais ou intrincadas. Essa abordagem para a gestão de conflitos promove a comunicação e a tomada de decisões colaborativas, uma vez que o mediador convida todos os participantes a contribuírem para as decisões e mudanças que se fazem necessárias durante as sessões de mediação.

Insta salientar que em se tratando de mediação judicial, esta acontece dentro do Judiciário, através de um órgão específico, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Apenas a título de observação a mediação pode acontecer de forma extrajudicial, em escritórios privados ou centros de mediação criados especificamente para tal finalidade, porém, havendo uma composição, os acordos devem ser homologados pelo juízo competente para que tenham seus efeitos jurídicos.

2. CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo ressurge com o advento do Estado Absolutista, com a ideia de soberania estatal e centralização de poderes nas mãos de um único homem, o rei. Dessa forma, a justiça e as leis estariam vinculadas aos poderes de um monarca, o qual detinha de toda força e capacidade de julgamento; nesse esteio, alardeado por doutrinas que desvelam tal período histórico, o brocardo "*the king can do no wrong*" permeia os corredores da academia jurídica como exemplo.

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, a discussão acerca dos direitos e garantias fundamentais, bem como o Estado Democrático de Direito tornou-se patente, à medida que, não seria mais aceitável que o Estado se abstivesse de intervir em questões como o nazismo; até porque, em 1948 a célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estabeleceu em seu art. 6º que "Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.", indaga-se, a título de reflexão neste ponto: "ser o que"? "reconhecido como"? – estar-se-ia diante um determinismo simbólico? A necessidade de um Estado forte e capaz de coibir a atuação do homem fez com que o Poder Legislativo fosse limitado e balanceado pelos demais poderes, surgindo a ideia de "freios e contrapesos".

Nesse diapasão, o Sistema de Freios e Contrapesos consiste em um controle do poder pelo poder, sendo a autonomia de cada um deles capaz de exercer sua função, porém

com a fiscalização dos demais. Desse modo, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário poderiam ser controlados, evitando abusos e autoritarismos. Apesar da independência e autonomia, a harmonia entre os poderes seria mantida.

Com a Teoria de Separação dos Poderes, instituída a partir da formação do Estado Liberal de Direitos, com base na menor intervenção do Estado nas liberdades individuais e na livre iniciativa, o controle do Estado poderia ser mantido. A tripartição dos poderes subsiste até os dias de hoje, com base na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789 é contemplada no artigo 2° da Constituição Federal brasileira. Em tempo, insta ser observado que, o Estado Liberal teve seu ápice e declínio pela própria dinâmica da teia social e, gradualmente, na história do constitucionalismo aquele parâmetro liberal foi substituído pela figura do Estado social; fato que pode ser observado no Estado brasileiro a partir de 1946 quando da vigência da "nova" carta política nacional.

O neoconstitucionalismo, vertente que surgiu como fruto da nova percepção de constituição, marca um movimento jurídico baseado no formalismo e na atuação do poder judiciário, de modo a garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. No Brasil, a Constituição Federal de 1.988 recepcionou o neoconstitucionalismo, a partir do exercício do ativismo judicial, de modo a refutar o direito constitucional com base em novas premissas como a difusão e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição, objetivando a transformação de um estado legal em um estado constitucional. Desenvolve-se a partir de um elemento-chave do modelo constitucionalista: a supremacia constitucional.

A ideia, pioneira, foi apresentada na obra "Artigos federalistas" por Alexander Hamilton (2023) "a Constituição é uma Lei Fundamental, superior a todas as demais normas" (Hamilton, 2023, p. 480-81); contudo, a obra "*The Federalist: A Collection of Essays, Written in Favour of the New Constitution*," escrita por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, foi inicialmente publicada em forma de série de ensaios em jornais durante o final do século XVIII. A primeira edição completa desses ensaios foi compilada e publicada como um livro em 1788. Esta coletânea consistiu em 85 ensaios escritos pelos três autores, com o propósito de defender a ratificação da Constituição dos Estados Unidos. Portanto, a primeira edição integral da obra "*The Federalist*" ocorreu no ano de

1788. Fato é que, com base naquela percepção de Hamilton (2023), também é possível observar que novos contornos ao aludido constitucionalismo, bem como estes contornos fundam novas perspectivas na atuação do Estado moderno no atendimento do interesse público primário, *in casu*, a devida prestação jurisdicional heterocomposta ou autocomposta, pois a contrapartida sombria de tal modernidade se expôs ao final do século XX diante a crença de que modernidade estava atrelada a garantias político-sociais foi desmascarada, segundo Ulrich Beck:

> "(...) o mito de que a sociedade industrial desenvolvida, com a sua articulação esquemática de trabalho e vida, seus setores produtivos, seu pensamento em categorias de crescimento econômico, sua compreensão científica e tecnológica e suas formas democráticas, constitui uma sociedade inteiramente moderna, o ápice da modernidade, para além do que nada de razoável existe que possa sequer ser mencionado, (...)" (Beck, 2010, p. 14).

Há relevância na citação acima, pois observar sob a ótica de Beck (2010) que àquela sociedade de outrora passou a ser nominada "de risco" e, em suas reflexões tal sociedade traçou rumo a uma outra modernidade, guarda no neoconstitucionalismo baliza pois, toma como objetivo o estudo das Constituições surgidas depois da Segunda Guerra Mundial, marcadas por uma grande e detalhada pauta material, de que é o exemplo a Constituição Brasileira de 1988; nesse esteio, o neoconstitucionalismo se apresenta com a preocupação de efetivar os princípios fundamentais: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade entre outros. Pode-se mencionar também que o marco teórico do neoconstitucionalismo reporta-se ao conjunto de mudanças que incluem a forma normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Contudo, porque evidenciar questões sobre constitucionalismo e neoconstitucionalismo neste estudo acerca de ADR´s? (i) Talvez pelo fato do Poder Judiciário sistêmico e moderno, imerso no humanismo e sombreado pela primeira dimensão de direitos fundamentais, buscou implementar mecanismos judiciais em prol da solução de conflitos; no entanto, pela própria dinâmica social, a natural (in)eficiência estatal restou evidenciada ao largo da história; (ii) Talvez pelo fato da transição do humanismo a um pós humanismo, embebido por outras dimensões dos direitos fundamentais, trouxeram à baila necessária reformulação sistêmica de outrora para o

Estado-juiz onde, ao seu turno, as ADR´s poderiam ser evidenciadas como solução factível ao esgotamento sistêmico do "*codex*" judiciário. Fato é que, a temática em questão está relacionada, para além de críticas do Estado-juiz e sua ineficiência, ao contexto da democracia, que atualmente emprega um discurso político tanto a nível interno quanto internacional como justificativa. Isso implica em reavaliar o princípio da autodeterminação, a fim de adaptar a legitimação da autoridade e da soberania política por meio do envolvimento de estruturas sociais e políticas em níveis supranacionais e subnacionais. Nesse contexto, Luigi Ferrajoli argumenta:

> [...] os direitos dos estados formam uma pluralidade de ordenamentos e, também, cabe acrescentar, o mesmo direito internacional é formado por uma pluralidade de instituições e os correspondentes entes e ordenamentos. Sobretudo, ademais, se reconhece que entre essas diversas instituições existem múltiplas relações de distintas naturezas - de coordenação, subsidiariedade, subordinação, integração - determinadas pelas diversas normas de direito positivo, (Ferrajoli, 2013, p. 473).

Ora, é factível ponderar que se a ideia contemporânea é expressa diante necessidade de se coordenar, integrar, criar subsidiariedade e subordinação diante um ordenamento jurídico ou uma pluralidade de ordenamentos tais sistemas (ordenamentos) devem ter parâmetros adequados à solução de contendas que, ao seu turno, não podem seguir uma identidade advinda do séc. XX, quiçá séculos anteriores. É por conta desta percepção o *"approach*" das ADR´s ao (neo)constitucionalismo e ao (pós) humanismo.

3. HUMANISMO E PÓS HUMANISMO

O direito humanista constitui, fundamentalmente, em humanizar o direito, fazendo deste um instrumento ao serviço do ser humano, na sua ideia própria. O direito é uma criação para a humanização da sociedade e para o respeito pela dignidade humana. A teoria humanista surgiu a partir das grandes revoluções, pois está intimamente ligada aos Direitos Humanos, onde declara serem direitos que podem ser ameaçados apenas pela própria humanidade e que existem pela própria existência e graças a humanidade.

As características do humanismo podem ser demonstradas segundo NOGARE, 1977, através:

a) da valorização do racionalismo;

b) da fundamentação da ética e moral em valores;
c) da conferência total da responsabilidade aos humanos;
d) da visão acerca da realização pessoal;
e) da ausência de dogmas;
f) do desenvolvimento de novas técnicas e interesses artísticos. (NOGARE, 1977, p. 173)

Tais características desempenham papel crucial na ressignificação da prestação jurisdicional; para além da mera heterocomposição, o resgate de outros métodos restou imperioso para "humanizar" o vínculo imbricado do Estado-juiz com os cidadãos. Desta feita, não basta tão somente trazer à baila os mecanismos de ADR ou enaltecer sua prática consubstanciada "em um" Código de Processo Civil; fugir da "mesmice crônica" (Sousa, 2018) se faz necessário, pois torna-se essencial revelar a interação, a transição e a sobreposição de estágios de evolução, que, em conjunto, constituem a complexa realidade da humanidade na era contemporânea.

3.1 Pós humanismo jurídico

O Direito contemporâneo se fundamenta, essencialmente, em uma cosmovisão humanista. Os derradeiros indícios dessa hipótese são a vigência da dignidade da pessoa humana, por força do art. 1º., III, da Constituição Federal, como centro gravitacional do ordenamento jurídico, assim como a prevalência dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos de personalidade e a vedação da tortura e dos tratamentos desumanos, degradantes e cruéis. Acerca da necessária cosmovisão? Pertinente a percepção de Octávio Paz em sua obra "O labirinto da solidão" (1984) pois, afirma que a realidade é influenciada por processos cognitivos de interpretação histórica e percepção cultural (Paz, 1984); no mesmo sentido, ainda sobre a necessária cosmovisão,

> Em suma, a história poderá esclarecer a origem de muitos de nossos fantasmas, mas não os dissipará. Somente nós poderemos enfrentá-los. Ou, dizendo de outro modo: a história nos auxilia a compreender certos traços de nosso caráter, com a condição de que sejamos capazes de isolá-los e denunciá-los previamente. Somente nós podemos responder às perguntas que nos fazem a realidade e o nosso próprio ser. (Paz, 1984, p. 69-70).

De uma forma geral, tal cosmovisão, que *in casu* é normativa, faz referência direta à condição da pessoa humana, que, em sua vulnerabilidade e hiper vulnerabilidade,

demanda cuidado e proteção ao mesmo tempo em que exige uma justiça distributiva, corretiva e social. mesmas condição e situação humanas, juridicamente normatizadas, impõem ainda uma tutela das identidades e subjetividades, bem como o respeito e o reconhecimento de cada vida concreta em comunidade, observando-se os imperativos da inclusão social, do bem-estar social e coletivo, da qualidade de vida e dos preceitos de responsabilidade socioambiental, perfazendo o plexo de direitos subjetivos intuitivos.

O pós-humanismo, ou trans humanismo, por sua vez, conforme teoria que embase o entendimento do fenômeno e o posicione mais próximo ou remoto do humanismo, em larga medida, a partir do debate sobre as implicações da tecnologia, altera profundamente a estabilidade dessa cosmovisão humanista, demandando-lhe novos desafios, seja pela vertente biotecnológica, seja pela sociológica, o que implica harmonizações, permissões e vedações de entendimentos.

A indagação é, porque trazer à baila o pós-humanismo ou trans humanismo neste estudo? Ora, talvez a resposta esteja na sociedade imersa na era digital, ou então, na denominada sociedade algorítmica ou sociedade de controle; contudo, tal imersão não é objeto deste estudo, tão somente uma breve localização do humano contemporâneo se faz necessário. Se o “analógico” representa os caminhos do Estado-juiz de outrora, o “digital” se faz presente no “agora”, a velocidade das inter relações socioeconômicas é patente e, ao seu turno, demandam soluções críveis à época vivenciada.

O trans humanismo? Um conceito-chave associado a Nick Bostrom (2014) em “*Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*” (Superinteligência: Caminhos, Perigos, Estratégias) é o "princípio da maximização de utilidade cósmica". Este princípio argumenta que, ao tomar decisões que afetam o futuro da humanidade ou da vida no universo, devemos considerar não apenas o impacto imediato, mas também as implicações a longo prazo e o bem-estar de todas as formas de vida (Bostrom, 2014).

Fato é que, de maneira interdisciplinar, são observadas imbricações necessárias para atender demandas prementes da sociedade contemporânea; não seria diferente ao Estado-juiz na ressignificação e construção das ADR´s no intuito de buscar adequada eficiência.

4. METODOLOGIA E MÉTODO

A metodologia empregada no presente artigo é a pesquisa documental, a partir da análise de doutrinas, artigos científicos, monografias, jurisprudências e leis, conciliação e mediação. O método de abordagem será o hipotético-dedutivo, com o intuito de preceituar o impacto que esses meios alternativos de solução de conflitos causam no direito de família. Nesse contexto, o apoio no método hipotético-dedutivo, que orbita, àquela metodologia exploratória, pois "se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos acerca da qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese" (Lakatos, 1986, p. 106)

A partir da identificação e definição da conciliação e mediação e seu impacto no direito familiar, será demonstrado os pontos negativos e positivos que convergem, a fim de que a judicialização da lide seja evitada e resolvido o problema dos inúmeros processos já em andamento, sendo uma forma positiva de desafogamento do Judiciário.

5. A EFICÁCIA DAS ADRs E O RETORNO AOS MODELOS ANTIGOS

As ADRs apresentam-se como meios alternativos de solução de conflitos, através da intervenção de um terceiro imparcial e capaz de auxiliar na solução de litígios. Porém, o surgimento das ADRs parte de outras premissas, como a autotutela e a arbitragem. De acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves (2007, p.358) a autotutela "é a forma mais antiga de solução de conflitos, constituindo-se, fundamentalmente, pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora." Assim, a autotutela atua com equivalência excepcional no ordenamento jurídico, como legítima defesa.

Em sede de autotutela, tem-se a autocomposição, como meio de solução de litígios através do qual são realizadas concessões em favor do interesse de outro. As contendas são, desse modo, encerradas em virtude da autonomia da vontade das partes, através da renúncia de um direito, da transação ou da submissão do direito, em virtude da solução do problema.

Carlos Alberto Carmona (1998, p.43) discorre que a arbitragem é:

> "(...) meio alternativo de solução de controvérsias através da

> intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de um meio heterocompositivo de solução de controvérsias, diferenciando-se da conciliação e mediação em razão da imposição da solução arbitral perante as partes.

Quando menciona a incorporação da arbitragem no Brasil, o jurista afirma que a falta de tradição e a ideia negativa de que esta via alternativa defendia interesses estrangeiros em contrapartida com os interesses dos nacionais, tal situação dificultou a implementação deste meio de solução de controvérsias no país. Além do que, antes do advento da Lei Federal 9.037/96, era necessário a homologação do laudo arbitral em juízo, o que inviabiliza o sigilo, custo e celeridade inerentes à arbitragem, ou seja, o que deveria ser célere passou a correr em duas vias, uma da arbitragem e outra do judiciária para a homologação.

A Ministra Ellen Gracie, no seminário realizado pelo Superior Tribunal Federal, O Poder Judiciário e Arbitragem: Diálogo Necessário, ao abordar métodos alternativos, discorreu que "os métodos alternativos de solução de litígio são melhores do que a solução judicial, que é imposta com a força do Estado, e que padece de uma série de percalços, como a longa duração do processo, como ocorre no Brasil e em outros países", permitindo a presença de árbitros altamente especializados que contribuem com sua expertise, sendo capazes de oferecer soluções mais adequadas do que as que o próprio Poder Judiciário poderia proporcionar.

José Carlos Barbosa Moreira, em sua obra “O Futuro da Justiça: Alguns Mitos” (2014, p. 371), expõe que o problema do acesso à justiça não será resolvido com mágica, ou seja, a *Alternative Dispute Resolution* seria uma ideia distante de resolução da morosidade judiciária, já que essa morosidade percorre séculos e territórios.

Conforme Moreira (2014) enfatiza de maneira assertiva, a morosidade no poder judiciário não se deve predominantemente à legislação deficitária. O autor argumenta que os problemas subjacentes são ainda mais profundos, incluindo a desigualdade entre as comarcas, a falta de organização e modernização no sistema judiciário, e a escassez de órgãos jurisdicionais capazes de lidar com as inúmeras demandas sociais. Além dessas

questões, o fato de vivermos em um Estado Democrático de Direito, com a garantia do devido processo legal e amplo acesso à justiça, contribui para a lentidão no processo, uma vez que é imperativo não negar aos cidadãos o acesso à justiça e todas as suas implicações.

Assim, os meios alternativos de dissolução de conflitos não são e não devem ser encarados como a única resposta para a crise do sistema jurídico presente na pós-modernidade, mesmo sendo um avanço significativo ao acesso à justiça. A ideia de pacificação de conflitos através das ADRs, promovida de modo claro e quase exclusivo pelo Poder Judiciário, cria a ideia de uma judicialização para o acesso à justiça. Deve-se pensar que esse acesso deve ser incentivado e estimulado por toda sociedade e não somente pelos operadores do direito, através de políticas públicas e conscientização social. A crítica e análise principal não é acerca da não promoção dos meios alternativos de dissolução de conflitos, mas uma difusão que seja realizada em todas as esferas, como a criação de regulamentações e leis pelo poder legislativo e sua devida promoção pelo executivo.

A atual crise no sistema jurídico brasileiro é resultado de políticas desiguais e da ausência de mecanismos eficazes para regular o acesso à justiça, tornando-o não apenas demorado, mas também excessivamente burocrático. Apesar dos esforços do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais em promover a adoção de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, a falta de políticas nacionais abrangentes dificulta a sua implementação em larga escala.

O Poder Judiciário deveria ser a última instância a ser considerada, a "última *ratio*," para a resolução de conflitos. No entanto, devido à crescente judicialização, tornou-se a primeira abordagem adotada. O conceito de "interesse de agir", conforme previsto no Código de Processo Civil, deveria promover a tentativa de resolução extrajudicial de disputas, não com o propósito de restringir o acesso ao sistema judiciário, mas sim para estimular a autocomposição.

Fato é que, diante o mosaico de informações acima insculpidas, observar a problemática diante observância empírica é de mais valia para corroborar as questões carreadas até então; desta feita, se traz à baila a questão da judicialização da saúde como paradigma neste estudo, pois de antemão é factível observar que o Estado-juiz, o poder judiciário sistêmico moldado a partir da modernidade humanista não atende com

eficiência demandas que "abarrotam prateleiras" (visão analógica) ou servidores (visão digital); ora, a sociedade está imersa na virtualização, contudo, questões que orbitam a tutela da Saúde desvelam um cenário delicado a ser cotejado.

5.1 Judicialização da Saúde:

A prática da judicialização da saúde começou a partir da década de 1980, quando se iniciou a implementação de políticas públicas na área da saúde e, por conseguinte, emergiram as dificuldades do governo em atender que era prometido. As demandas envolvendo a área da saúde podem ser definidas como combinações estruturadas para a resolução de problemas e atendimento de tratamentos de saúde na esfera individual e coletiva, visando a satisfação das mais variadas necessidades de saúde expressas pela população.

Os fatores que agem na demanda por serviços de saúde são de natureza variada, podendo se sobrepor: à necessidade sentida pela população carente, fatores psicossociais, seguridade social, demografia, epidemiologia, utilização de serviços, regulamentação e fatores sociais.

Outro ângulo em que as pessoas recorrem às portas do judiciário refere-se ao descumprimento de obrigações por parte dos planos de saúde, cláusulas abusivas e exclusão de coberturas, segundo dados da Desembargadora do TJMG, Dra. Evangelina Castilho Duarte.

Dados do Judiciário mostram que se tem mais de uma década na tentativa de diminuir o número de ajuizamento de ações sobre a saúde e de buscar critérios sólidos e suporte técnico para esse tipo de ação, entretanto as demandas seguem de forma crescente, tornando o assunto um tema sensível para o Judiciário.

Com relação aos processos de medicamento observa-se o seguinte: num primeiro momento, há a previsão legal de fornecimento do medicamento, a falha na entrega é um caso padrão para o descumprimento do dever legal já existente, e a atuação do Poder Judiciário surge no sentido de determinar que o Estado cumpra a obrigação já determinada na lei. Num segundo momento, em que não há a previsão específica de que determinado medicamento deva ser fornecido, os chamados "não padronizados", a decisão não é fundamentada em uma regra específica que determina o dever do Estado, mas

fundamenta-se nos princípio e nas normas constitucionais gerais, ou seja, uma verdadeira intervenção judicial na política pública que, por definição, é regrada por meio de leis e normas infralegais que estabelecem os limites e a extensão do direito dos cidadãos ao serviço de saúde.

Vê-se ao longo dos anos que o tema "judicialização da saúde" não vem sendo tratado de modo a diminuir a demanda. O que vem acontecendo é o fenômeno do ajuizamento massivo de ações de saúde e suas consequências. De um lado, grupos de profissionais, professores e pesquisadores que entendem que o resultado da judicialização é, na maioria das vezes, "negativo". Do outro, tem-se os grupos que entendem a saúde como uma necessidade primária, sendo o Judiciário um espaço de luta para estabilização, melhora e reabilitação da saúde.

Diante deste cenário, como é possível cingir mecanismos mais céleres para solução de conflitos, quiçá tutela de direitos emergentes na contemporaneidade? ADR´s poderiam ser nominadas como solução viável. Entretanto, para além da prometida solução de conflitos de forma célere cabe necessária adequação do Estado-juiz. Como outrora foi observado, inclusive nos argumentos introdutórios deste estudo, adequações foram realizadas para atender demandas sociais. Na contemporaneidade não é diferente, adequações carecem ser realizadas, inclusive no aperfeiçoamento da aplicação de métodos alternativos de solução de conflitos, e; no "amanhã" também não será diferente, outras adequações serão necessárias ao Estado-juiz, pois a dinâmica social exige o constante (re)mapeamento do modo pelo qual a prestação jurisdicional devida seja adequada, para além da mera heterocomposição.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conciliação e a mediação são ferramentas valiosas na gestão de conflitos. Eles promovem a comunicação, a compreensão mútua e a colaboração, facilitando a resolução de conflitos de maneira mais harmoniosa e satisfatória para todas as partes envolvidas. No entanto, é importante considerar que esses métodos não são adequados para todos os casos, e a escolha entre conciliação, mediação ou controvérsia deve ser feita com base nas situações individuais do conflito. Na última análise, a promoção e a

implementação eficaz da conciliação e da mediação podem contribuir para a construção de famílias mais saudáveis e de sociedades mais resilientes.

Em suma, mais do que comprovadamente acelerar o processo de resolução de disputas, a conciliação e mediação permite dirimir lides sociológicas. Estas práticas de consensualização da justiça através de soluções amistosas possibilita que o Poder Judiciário possa ser visto sob outra ótica, sob uma ótica mais humana e célere.

Como pilar essencial para a construção da sociedade, o direito apresenta-se como uma porção real e pessoal, de homem para homem, que quando conservada, conserva toda a sociedade e quando corrompida, a corrompe. Assim, o direito conserva toda a sociedade, sendo o meio de garantir a paz e a seguridade. Por essa perspectiva, o direito precisa alcançar a todos, ser de fácil e rápido acesso, construir soluções e caminhar ao lado e com velocidade similar à caminhada pela coletividade. Por essa razão, a conciliação e a mediação transformaram-se em ferramentas essenciais para a desburocratização do direito e para a resolução de conflitos de modo que concessões mútuas sejam realizadas, por um bem comum.

Como um ramo particular, o direito de família avança em suas conciliações e mediações ao redor do país, com Centros de Conciliação, Mediação e Cidadania (CEJUSCS) capacitados e especializados para o atendimento da população de um modo geral. Ao passo que a especialização legal é de suma importância, o aparato psicológico proporcionado por esses centros é de grande valia, haja vista que muitos dos problemas que envolvem os núcleos familiares, são de caráter emocional.

Contudo, a judicialização exacerbada e o descontrole acerca de quem e por quais razões terá acesso ao poder judiciário, fomentou a crise atual da justiça, onde a morosidade e a burocracia regem. O Estado-juiz tem o "*devir*" de agir, ou seja, cabe ao poder judiciário criar mecanismos que viabilizem não apenas a eficácia jurídica das diretrizes normativas insculpidas no ordenamento jurídico pátrio; mas também, compete ao Estado-juiz a busca pela efetividade social na aplicabilidade de tais normas. Por derradeiro, ainda há muito o que avançar com relação ao desenvolvimento e ampliação da mediação e da conciliação, bem como a atuação desses instrumentos em mais casos, porém é inegável o êxito que lhes são inerentes.

Por fim, insta salientar que as vias alternativas não são substituições à jurisdição tradicional, mas uma complementação à solução de litígios. O amplo acesso ao poder jurisdicional sempre será garantido, porém somente será eficaz se conjugado com métodos extrajudiciais

7. REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2015. – (Coleção Saberes do Direito; 53) 1. Arbitragem (Direito) - Brasil 2. Mediação - Brasil I. Título. Ii. Série.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: Educar para Mediar, p. 36-45. In: **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia** Nº 23 - Verão 2016, São Paulo Oab/Sp – 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n°505, 20 de março de 2007**. Altera dispositivo do Código Civil para inserir a mediação familiar como recomendação na regulação dos efeitos da separação e divórcio. Disponível em https://tinyurl.com/2s7cn6ux. Acesso em 07 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n°4827, 10 de novembro de 1998**. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em https://tinyurl.com/yyjuuntz. Acesso em 07 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ministra Ellen destaca métodos alternativos de solução de litígios. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178330 > Acesso em: 19 de outubro de 2023.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BOSTROM, Nick. Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies. Oxford University Press, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (CF/88). Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 out. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso À Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris - Teoría del derecho y de la democracia 2**: Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 6: direito de família, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROSSI, Tereza Mônica Menezes. **Movimento Pela Conciliação Numa Perspectiva Social – Democrática**. 2009. 126p. monografia para obtenção do título de especialista em direito constitucional. Universidade Estadual Vale Do Acaraú. Ceará, Fortaleza. 2009.

HAMILTON, Alexandre; JAY, John; MADISON, James. **Os artigos federalistas**. Faro Editorial, 2023.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2011LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias** – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos, in Temas de Direito Processual, Oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2ª.ed. volume único – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

NOGARE, Pedro Dalle. Humanismos e anti-humanismos. Introdução à antropologia filosófica. 13. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1977.

ONU. Declaração universal dos direitos humanos (DUDH). Disponível em https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em 20 out. 2023.

PAZ, Octavio. **O labirinto da solidão e post scriptum**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

PINHO, Lavinia Costa Santos. A conciliação como instrumento de acesso à justiça e efetivação de direitos no âmbito familiar. In: **Âmbito Jurídico.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com. Acesso em 07 de out. 2023.

SALES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução do controversa coordenação** - 3 ed - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOUSA, Cidoval Morais de. Quando as saídas estão no próprio Labirinto (Prólogo), v. 3, p. 09-16, 2018. In. KLEBA, John B; *et. al*. **Engenharias e práticas técnicas engajadas**. Campina Grande: EDUEPB, 2022.

Superior Tribunal Federal, seminário O Poder Judiciário e Arbitragem: diálogo necessário. 02/05/2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178330 > Acesso em: 20 de outubro de 2023.

TARTUCE, Fernanda. Opção por mediação e conciliação, p. 07-14. In: **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia** Nº 23 - Verão 2016, São Paulo OAB/SP - 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA (CDA) E PROCESSO ADMINISTRATIVO DE COBRANÇA: LEGISLAÇÃO E FERRAMENTAS PARA IMPULSIONAR A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS E EVITAR A PRESCRIÇÃO

SOUZA, Aline Silva[1]
FRIEDRICH, Cícera Itamar Nobre[2]
RISTER, Carla Abrantkoski [3]

Este artigo científico explora a importância da Certidão da Dívida Ativa (CDA) e do Processo Administrativo de Cobrança como instrumentos legais para impulsionar a recuperação de créditos e evitar a prescrição. O texto analisa a legislação pertinente relacionada à emissão da CDA, bem como os procedimentos administrativos envolvidos no processo de cobrança. Além disso, são apresentadas ferramentas e estratégias eficazes que podem ser utilizadas para otimizar a recuperação de créditos, com procedimento de cobrança que tem se apresentado eficaz na via extrajudicial, notadamente, o protesto do título executivo (CDA), aos devedores recalcitrantes, evitando os efeitos da prescrição aos cofres públicos. Para além destas cobranças coercitivas, o ente público tem a possibilidade de utilizar todos os meios jurídicos para evitar ou prevenir o conflito, a exemplo da possibilidade de dispor ao devedor outros meios de negociação, tais como: o parcelamento. Também, mediante lei específica, adotar critérios de redução de multas, sempre em busca do interesse público, mas também sensível as realidades sociais. Por fim, o artigo ressalta a importância de uma gestão eficiente da Dívida Ativa, destacando os benefícios tanto para as entidades credoras quanto para os devedores. A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a bibliográfica, que se refere a um estudo sistemático desenvolvido com base em materiais publicados em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, ou seja, materiais acessíveis ao público em geral.

Palavras-chaves: Certidão da Dívida Ativa, CDA, Processo Administrativo de Cobrança, Recuperação de Créditos, Prescrição, Gestão Eficiente.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):
Sou profundamente grata às minhas orientadoras, Carla e Cícera, assim como também sou grata a professora Geralda pelo valioso apoio, orientação perspicaz e incentivo constante na busca pelo conhecimento. Este trabalho é fruto de um esforço coletivo, e as

[1] Graduanda em Direito. Universidade de Araraquara. E-mail: aline.souza@uniara.edu.br
[2] Mestranda em Direito e Gestão de Conflitos. Universidade de Araraquara. E-mail: cicerafriedrich@gmail.com.
[3] Juíza Federal, Dra. Direito Econômico-Financeiro USP e Profa. Direito Tributário e Financeiro, Pós-Doutorado em Direito Tributário Internacional. Universidade de Araraquara. E-mail: carlarister@gmail.com

habilidades e conhecimentos adquiridos aqui constituem uma sólida base para o meu futuro.

1 INTRODUÇÃO

A cobrança efetiva de créditos é uma preocupação fundamental para a administração pública, especialmente quando se trata da recuperação de valores devidos pelos contribuintes. A Certidão da Dívida Ativa (CDA) e o processo administrativo de cobrança são ferramentas cruciais nesse contexto, permitindo que os órgãos públicos ajam de forma eficiente para recuperar os valores devidos. No entanto, o sucesso desses mecanismos depende de um conhecimento aprofundado da legislação e das ferramentas disponíveis. Esta introdução apresentará o problema da prescrição de créditos, justificará a importância do tema e fornecerá um resumo dos principais argumentos abordados no artigo.

A certidão da dívida ativa (CDA) é um instrumento legal utilizado pela administração pública para formalizar créditos não pagos. No entanto, a prescrição desses créditos representa um desafio significativo para a recuperação efetiva dos valores devidos. Nessa perspectiva, este artigo tem como objetivo analisar a CDA e o processo administrativo de cobrança como mecanismos fundamentais para a recuperação de ativos públicos e a prevenção da prescrição. A importância desse estudo reside na necessidade de fortalecer os instrumentos jurídicos e as estratégias utilizadas pelas autoridades competentes para garantir a eficácia na recuperação desses créditos, protegendo o interesse público e promovendo uma gestão financeira eficiente.

Na seção seguinte, será detalhada a metodologia utilizada neste estudo, com foco em uma pesquisa documental criteriosa. Serão examinados diferentes tipos de documentos, como leis, regulamentos, jurisprudência e doutrina, a fim de fornecer uma visão abrangente e atualizada sobre a CDA e o processo administrativo de cobrança. A legislação específica a ser investigada incluirá tanto as normas gerais aplicáveis como aquelas relacionadas a setores específicos, quando relevantes para a discussão.

Em seguida, será analisado em detalhes a CDA e o processo administrativo de cobrança tanto na via judicial como na via extrajudicial. Serão abordadas as definições,

características e fundamentação legal da CDA, bem como os procedimentos necessários para sua emissão.

Em relação ao processo administrativo de cobrança, serão discutidos os fundamentos legais, a competência das autoridades envolvidas e as diferentes fases desse processo. Além disso, serão exploradas as ferramentas utilizadas para impulsionar a recuperação de créditos, como a inclusão do devedor em cadastros restritivos, a possibilidade de execução fiscal e outras medidas coercitivas.

Na seção de resultados, serão apresentadas as principais descobertas da pesquisa documental. Esses resultados contribuirão para a compreensão aprofundada da CDA e do processo administrativo de cobrança, fornecendo informações relevantes sobre as melhores práticas e estratégias eficazes adotadas pela administração pública para recuperar créditos em favor do ente público.

Por fim, a seção de considerações finais se resumirá os principais pontos abordados no artigo e reforçará a importância da CDA e do processo administrativo de cobrança como ferramentas cruciais para a recuperação de créditos e a prevenção da prescrição. Além disso, serão sugeridas futuras direções de pesquisa, como a análise comparativa da efetividade das ferramentas de recuperação de créditos em diferentes contextos e a avaliação do impacto de eventuais reformas legislativas na eficiência do processo de cobrança administrativa.

Diante desse contexto, é fundamental o estudo aprofundado das ferramentas disponíveis para impulsionar a recuperação de créditos e evitar a prescrição. A tecnologia, por exemplo, tem desempenhado um papel cada vez mais relevante nesse sentido, permitindo o desenvolvimento de sistemas informatizados que agilizam os processos de cobrança e minimizam os riscos de prescrição.

Neste sentido, a utilização do protesto da CDA (título extrajudicial) tem sido utilizada com meio célere e eficaz de cobrança pela administração pública direta e autarquias, especialmente quantos aos ativos de valores menores em contrassenso aos processos judiciais, morosos e expendiosos, tanto para os cofres públicos (sujeito ativo da obrigação tributária), quanto ao cidadão (sujeito passivo da obrigação tributária).

Diante do exposto, o presente artigo tem como objetivo analisar a legislação que envolve a Certidão da Dívida Ativa e o Processo Administrativo de Cobrança, bem como

apresentar ferramentas e estratégias que possam ser adotadas para impulsionar a recuperação de créditos e evitar a prescrição. Para tanto, será realizada uma revisão bibliográfica, com base nas obras de referência de Silva e Santos (2019), Souza (2020) e demais autores relevantes.

2 METODOLOGIA

Nesta pesquisa, adotou-se a metodologia bibliográfica, que consiste em um estudo sistemático baseado em materiais publicados, como livros, revistas, jornais e recursos eletrônicos disponíveis ao público em geral. Após a definição do tema e a realização de um levantamento preliminar de literatura, foi elaborado um projeto provisório. A fase exploratória teve como objetivo principal analisar o problema de pesquisa, sendo a pesquisa bibliográfica a principal abordagem utilizada.

A pesquisa científica é uma prática presente em todas as áreas do conhecimento, incluindo a educação, e é caracterizada por investigar, responder ou explorar questões relacionadas a fenômenos específicos. De acordo com Bastos e Keller (1995, p. 53), a pesquisa científica é uma investigação metodológica sobre um determinado tema com o objetivo de esclarecer os aspectos em estudo. Quando há informações insuficientes ou desorganizadas para responder a um problema, a pesquisa se faz necessária (Gil, 2002, p. 17).

Existem diversas modalidades de pesquisa científica, e uma delas é a pesquisa bibliográfica, que será abordada neste estudo. Autores como Marconi e Lakatos (2003) e Gil (2002) destacam a importância desse tipo de pesquisa, que busca aprimorar e atualizar conhecimentos por meio da investigação de trabalhos já publicados.

Para conduzir a pesquisa bibliográfica, serão consultadas diversas fontes, incluindo livros atuais, obras de referência, teses, dissertações, periódicos científicos, indexação de periódicos e resumos. Essas fontes serão incorporadas à bibliografia, e partes relevantes do material serão analisadas para identificar ideias-chave, classificá-las e sintetizá-las.

A leitura analítica dos textos selecionados será realizada para interpretar as obras em relação ao problema de pesquisa, consolidando raciocínios e argumentos baseados em elementos bem definidos. O método aplicado à pesquisa bibliográfica seguirá uma

organização lógica do tema, garantindo uma progressão gradual e equilibrada na escrita do texto. Com o aprofundamento das análises, mudanças de paradigmas e maior conhecimento sobre o assunto, o projeto de pesquisa assumirá sua forma final.

Quanto ao método científico, Prodanov e Freitas (2013, p. 24) destacam que é o caminho para alcançar um determinado objetivo. Embora no passado se defendesse a existência de um método universal para todas as áreas do conhecimento, atualmente reconhece-se que diferentes métodos devem ser utilizados de acordo com a natureza da investigação e as proposições envolvidas. Lakatos e Marconi (2003, p. 84) consideram o conceito moderno de método científico como a teoria da investigação, seguindo a visão de Bunge.

Segundo Prodanov e Freitas (2013, p. 24), o método científico é um conjunto de procedimentos adotados com o propósito de alcançar o conhecimento, considerando que a finalidade da ciência é buscar o conhecimento. Trujillo Ferrari (1974 apud Prodanov e Freitas) define o método científico como um traço característico da ciência, que estabelece os procedimentos do cientista ao longo do caminho até atingir o objetivo científico.

No contexto da pesquisa qualitativa, os resultados do estudo são discutidos por meio de análises e percepções. É importante descrever o problema de forma mais subjetiva, explorando sentimentos, pensamentos, opiniões e percepções. Nesse tipo de pesquisa acadêmica, os números não são utilizados para obter resultados efetivos, mas sim para compreender a trajetória que levou ao problema em questão.

A pesquisa qualitativa se baseia em uma profundidade de dados que não pode ser medida, pois os resultados são focados no ponto de vista dos entrevistados. Deslauriers e Kérisit (2008) afirmam que, nesse tipo de pesquisa, o aluno é tanto o sujeito quanto o objeto da investigação. O conhecimento resultante deve ser parcial e limitado, pois a pesquisa é imprevisível, e os resultados devem gerar novas informações.

3 CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

A Certidão da Dívida Ativa (CDA) e o Processo Administrativo de Cobrança representam elementos fundamentais para a efetivação da recuperação de créditos e a prevenção da prescrição de débitos fiscais.

No contexto da administração pública, a CDA se configura como um título executivo extrajudicial, enquanto o Processo Administrativo de Cobrança corresponde à via administrativa para a cobrança dos débitos inscritos na dívida ativa. A compreensão detalhada dessa temática é de extrema importância para os profissionais atuantes na área tributária, visando aprimorar o desenvolvimento de estratégias e ferramentas que agilizem a cobrança e minimizem os efeitos danosos aos cofres públicos decorrentes da prescrição de créditos.

Segundo Silva e Santos (2019), a CDA é emitida pela autoridade fazendária competente após o esgotamento das tentativas de cobrança amigável do débito. Essa certidão possui presunção de certeza e liquidez, tornando-se documento essencial para o ajuizamento da execução fiscal. Por sua vez, o Processo Administrativo de Cobrança, conforme abordado por Souza (2020), é um procedimento administrativo que visa à cobrança dos créditos inscritos na dívida ativa, antes de serem encaminhados para a esfera judicial. Evidentemente, por se tratar de título executivo extrajudicial os sujeitos passivos da obrigação tributária também podem ser compelidos a pagar o débito na via administrativa, extrajudicialmente.

A legislação que rege a Certidão da Dívida Ativa e o Processo Administrativo de Cobrança no Brasil é ampla e complexa. O Código Tributário Nacional (CTN), por exemplo, estabelece as disposições gerais acerca da CDA, enquanto a Lei nº 6.830/1980 estabelece as normas gerais para a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Já a Portaria PGFN nº 396/2016, por sua vez, regulamenta o Processo Administrativo de Cobrança no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

A Certidão da Dívida Ativa (CDA) e o Processo Administrativo são temas relevantes no campo do Direito Tributário e possuem uma base teórica sólida que fundamenta sua aplicação. Diversos autores têm abordado essas questões, contribuindo para o entendimento e aprimoramento desses institutos. Neste contexto, destacam-se as obras de autores renomados, como Silva (2018), Santos (2020) e Almeida (2019), que oferecem valiosas análises sobre o assunto.

A CDA é um documento emitido pela autoridade tributária competente, que certifica a existência de uma dívida tributária e constitui título executivo extrajudicial.

Segundo Silva (2018), a CDA é fundamentada em um processo administrativo fiscal, no qual são observados os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. O autor destaca que o processo administrativo é essencial para a constituição da CDA, pois é nesse contexto que são assegurados os direitos do contribuinte e realizada a análise dos elementos necessários para a formalização do título executivo extrajudicial.

No âmbito do processo administrativo, Santos (2020) ressalta que a sua estrutura e os seus procedimentos estão previstos na legislação tributária. O autor destaca que o processo administrativo fiscal tem por objetivo principal a solução de litígios tributários, permitindo ao contribuinte exercer seu direito de defesa perante a administração tributária. Além disso, Santos ressalta que o processo administrativo também é responsável por fornecer as bases para a constituição da CDA, conferindo-lhe segurança jurídica e respaldo legal.

Almeida (2019), por sua vez, destaca a importância da CDA como título executivo extrajudicial. O autor aponta que a CDA possui presunção de certeza e liquidez, ou seja, presume-se que o débito nela contido é válido e passível de execução, exatamente porque o ente público tem atributos espaciais aos seus atos administrativos.

Carvalho Filho (2009, p. 116) aponta são característica do ato administrativo: a) presunção de legalidade, pois presume-se que nascem em conformidade com o direito. Tal presunção é relativa; b) auto executoriedade, podendo ser imediatamente executados, sem a necessidade de se recorrer ao poder judiciário; c) imperatividade ou coercibilidade que decorre do interesse público que se impõe a todos. A doutrina também traz a tipicidade como atributo do ato administrativo no sentido de que a administração pública só lhe é admitido fazer o que a lei lhe permite, consubstanciado no princípio da legalidade.

Essa presunção de certeza e liquidez, segundo Almeida, é fruto do devido processo legal e do contraditório estabelecidos no processo administrativo fiscal que decorre dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal artigo 5º, inciso LVI, garantindo ao indivíduo que ele só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um devido processo legal.

Dessa forma, a CDA é dotada de força executiva, podendo ser utilizada para a cobrança judicial da dívida ou extrajudicialmente, na via administrativa.

A emissão da Certidão da Dívida Ativa (CDA) no processo administrativo é um tema de relevância no âmbito fiscal e tributário, uma vez que representa o reconhecimento oficial da existência de débitos de natureza fiscal. O procedimento de emissão da CDA deve seguir um conjunto de regras e etapas, a fim de garantir a sua validade e eficácia.

De acordo com MACHADO (2018), o procedimento de emissão da CDA inicia-se com a constituição do crédito tributário, que ocorre por meio do lançamento do tributo. Após a notificação ao contribuinte e o transcurso do prazo para pagamento, sem que haja quitação do débito, a autoridade fiscal competente pode inscrever o valor devido na Dívida Ativa e emitir a respectiva certidão.

No que se refere ao conteúdo e requisitos formais da CDA, é necessário observar as disposições legais e normativas aplicáveis. Conforme destaca FARIAS (2019), a CDA deve conter informações essenciais, tais como a identificação do devedor, a descrição do débito, o valor atualizado da dívida, os acréscimos legais e as penalidades aplicáveis. Além disso, é imprescindível que a CDA seja assinada por autoridade competente e esteja devidamente fundamentada.

A competência e responsabilidade dos órgãos envolvidos no processo de emissão da CDA são estabelecidas pela legislação pertinente. Segundo SILVA (2020), a competência para a inscrição em Dívida Ativa e a emissão da CDA são atribuições privativas da autoridade fiscal, devidamente designada e autorizada para tal função. Cabe a essa autoridade a verificação da regularidade do débito e a adoção das medidas cabíveis para sua recuperação.

O processo administrativo relativo à emissão da CDA compreende diversas fases. Conforme apontado por OLIVEIRA (2017), a primeira fase consiste na constituição do crédito tributário, seguida da notificação ao devedor e do prazo para pagamento. Caso não ocorra o adimplemento no prazo estabelecido, inicia-se a fase de inscrição em Dívida Ativa e emissão da CDA. Posteriormente, o devedor poderá apresentar impugnação administrativa, dando início a uma fase de análise e julgamento pela autoridade competente.

Para impulsionar a recuperação de créditos, existem diversos instrumentos e ferramentas disponíveis. Conforme afirma RIBEIRO (2021), entre as medidas adotadas pelos órgãos competentes, destacam-se a cobrança administrativa, a celebração de

acordos de parcelamento, a inscrição em cadastros de devedores e o ajuizamento de execução fiscal. Essas estratégias visam promover a efetividade da cobrança e o cumprimento das obrigações fiscais.

Em suma, o processo de emissão da Certidão da Dívida Ativa no processo administrativo envolve etapas bem definidas, com base na legislação e normas aplicáveis. A correta constituição da CDA, o cumprimento dos requisitos formais, a competência dos órgãos envolvidos e o uso de instrumentos e ferramentas para impulsionar a recuperação de créditos são aspectos essenciais para o sucesso da cobrança fiscal. Autores como Machado (2018), Farias (2019), Silva (2020), Oliveira (2017) e Ribeiro (2021) fornecem embasamento teórico importante para a compreensão e aprofundamento desse tema.

Portanto, a Certidão da Dívida Ativa e o Processo Administrativo é amplamente discutida por diversos autores. Silva (2018), Santos (2020) e Almeida (2019) contribuem para a compreensão desses institutos, evidenciando a importância do processo administrativo como base para a constituição da CDA e destacando a força executiva desse documento. Suas obras são fundamentais para embasar estudos e análises sobre o tema, proporcionando uma visão aprofundada e crítica desses institutos no contexto do Direito Tributário.

4 ANÁLISE LEGAL DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

A análise legal da Certidão da Dívida Ativa e o processo administrativo é um tema relevante no âmbito jurídico, envolvendo questões relacionadas à cobrança de débitos fiscais e aos procedimentos adotados pela administração pública nesse contexto. Diversos autores têm se debruçado sobre o assunto, trazendo contribuições importantes para a compreensão desse tema complexo.

De acordo com Silva (2018), a Certidão da Dívida Ativa é um documento emitido pela autoridade competente que comprova a existência de um débito fiscal perante a Fazenda Pública. Esse instrumento é essencial para a cobrança judicial da dívida, conferindo legitimidade ao processo de execução fiscal. O autor destaca a importância de a Certidão da Dívida Ativa estar em conformidade com a legislação vigente, evitando-se vícios que possam comprometer sua validade e eficácia.

No que se refere ao processo administrativo, Reis (2019) ressalta que ele é a via adequada para o contribuinte exercer o seu direito de defesa antes de ser inscrito na Dívida Ativa. O processo administrativo tributário permite que o devedor apresente argumentos e provas para contestar a cobrança, buscando a revisão ou anulação do débito. O autor destaca a importância de observar as garantias processuais previstas na legislação, garantindo ao contribuinte um procedimento justo e equilibrado.

No contexto da análise legal da Certidão da Dívida Ativa, Oliveira (2020) aborda a necessidade de observar a regularidade formal desse documento. Isso significa que a Certidão deve conter todas as informações necessárias para identificar o devedor, o débito em questão e a origem desse débito. A falta de qualquer informação essencial ou a presença de informações incorretas pode comprometer a validade da Certidão, ensejando a sua anulação.

No que tange ao processo administrativo, Santos (2017) destaca a importância do contraditório e da ampla defesa como princípios fundamentais a serem observados. O devedor deve ter a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos, produzir provas e confrontar as informações apresentadas pela administração pública. A ausência de garantias processuais pode tornar o processo administrativo viciado, afetando a validade da inscrição em Dívida Ativa.

A Certidão da Dívida Ativa é um instrumento utilizado pela Administração Pública para comprovar a existência de débitos tributários ou não tributários e sua inscrição na dívida ativa. No âmbito do processo administrativo, a certidão desempenha um papel fundamental, tanto na constituição do crédito quanto na sua execução. Nesse sentido, diversos princípios jurídicos são aplicáveis a essa temática, bem como há jurisprudência relevante e estudos doutrinários que merecem destaque.

Um dos princípios jurídicos de grande importância no contexto da Certidão da Dívida Ativa no processo administrativo é o princípio da legalidade. Conforme destacado por Carvalho (2018), esse princípio determina que a Administração Pública somente pode agir nos limites da lei. Assim, a certidão deve ser fundamentada em disposições legais específicas que autorizem a constituição do crédito e sua inscrição na dívida ativa, evitando arbitrariedades e garantindo a segurança jurídica.

Além do princípio da legalidade, o princípio do devido processo legal também possui aplicação relevante no contexto da Certidão da Dívida Ativa no processo administrativo. Segundo Barroso (2019), esse princípio estabelece que todas as partes envolvidas em um processo devem ter a oportunidade de se manifestar e de apresentar defesa antes de qualquer decisão ser tomada. Portanto, é fundamental que o devedor tenha o direito de se manifestar e contestar a certidão antes que medidas de cobrança sejam tomadas.

No que diz respeito à jurisprudência, destaca-se a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial nº 1.500.362/PR. Nesse caso, o STJ firmou entendimento de que a Certidão da Dívida Ativa é título executivo extrajudicial, ou seja, possui presunção de certeza, liquidez e exigibilidade. Essa decisão reforça a importância da certidão como instrumento eficaz para a cobrança da dívida ativa, desde que observados os princípios e requisitos legais.

No campo doutrinário, destaca-se a contribuição de Machado (2020), que ressalta a importância da transparência e da clareza na elaboração da Certidão da Dívida Ativa. Segundo o autor, é fundamental que a certidão seja redigida de forma precisa e objetiva, com a indicação correta do débito e de todos os elementos necessários para sua correta identificação. Dessa forma, evitam-se equívocos e garantem-se os direitos do devedor no processo administrativo.

Em suma, a Certidão da Dívida Ativa no processo administrativo é fundamentada em princípios jurídicos como a legalidade e o devido processo legal. A jurisprudência, exemplificada pelo entendimento do STJ, reconhece a certidão como título executivo extrajudicial. Por sua vez, estudos doutrinários, como os de Machado, enfatizam a importância da transparência e clareza na elaboração da certidão. Esses elementos, quando observados, contribuem para a eficácia e segurança do processo de cobrança da dívida ativa.

Diante disso, é fundamental que a análise legal da Certidão da Dívida Ativa e do processo administrativo seja realizada de forma criteriosa, levando em consideração os aspectos formais e os direitos garantidos ao contribuinte. Os autores mencionados fornecem embasamento teórico relevante para compreender os requisitos necessários à

validade da Certidão e os princípios que regem o processo administrativo, contribuindo para uma abordagem mais aprofundada e embasada sobre o tema.

5 RESULTADO DA PESQUISA DOCUMENTAL

A Certidão da Dívida Ativa (CDA) é um documento emitido pela Fazenda Pública que comprova a existência de débitos tributários ou não tributários devidos pelo contribuinte. A fundamentação teórica sobre esse tema envolve a compreensão dos aspectos legais relacionados à CDA, bem como o estudo das ferramentas de recuperação de créditos utilizadas com sucesso nesse contexto, além das lacunas ou desafios identificados.

No Brasil, a emissão da CDA é regulamentada pela Lei nº 6.830/1980, conhecida como a Lei de Execuções Fiscais. Segundo essa legislação, a CDA deve conter informações precisas sobre o débito, como o valor, a origem, a data de vencimento, entre outros dados relevantes. A emissão da CDA é um procedimento administrativo que visa facilitar a cobrança dos créditos devidos pela Fazenda Pública.

Uma das principais descobertas resultantes da pesquisa documental é a importância da CDA como instrumento de cobrança e execução fiscal. A emissão da certidão é um ato indispensável para a cobrança judicial da dívida, conferindo à Fazenda Pública o direito de ingressar com uma ação de execução fiscal contra o devedor. Essa constatação é corroborada por autores como Gomes et al. (2017) e Silva (2020), que destacam a relevância da CDA como meio de recuperação de créditos.

No que diz respeito às ferramentas de recuperação de créditos utilizadas com sucesso, a pesquisa documental revelou a eficácia do protesto extrajudicial da CDA como meio de pressionar o devedor a efetuar o pagamento. O protesto extrajudicial consiste na lavratura de um protesto em cartório, que tem como consequência o registro do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, prejudicando sua capacidade de obter financiamentos e contrair novas dívidas. Essa estratégia é mencionada por Souza (2018) como uma alternativa eficiente de recuperação de créditos.

Entretanto, a pesquisa documental também identificou algumas lacunas e desafios relacionados à CDA e sua efetividade na recuperação de créditos. Uma das lacunas observadas é a demora no processo de execução fiscal, que pode ser demorado e

burocrático, levando anos para que a dívida seja efetivamente cobrada. Essa questão é abordada por Oliveira (2019) como um desafio a ser enfrentado pelos órgãos de execução fiscal.

Outro desafio identificado é a possibilidade de o devedor realizar manobras jurídicas para evitar o pagamento da dívida, como a utilização de empresas laranjas ou a transferência de bens para terceiros. Essas estratégias dificultam a recuperação dos créditos pela Fazenda Pública, exigindo a adoção de medidas mais enérgicas e eficientes para combater a fraude e garantir a efetividade da cobrança.

Para Fazenda Pública é imperioso conhecer acerca da movimentação de patrimônio a fim de evitar transferências fraudulentas e a indisponibilidade dos bens que possam garantir a dívida tributária. Aqui se destaca que o crédito tributário decorrente de um tributo real (exemplo: IPTU, IPVA) é mais factível o seu rastreio, mas existem outros tributos que a Fazenda Pública tem dificuldade de acompanhar as operações que realizam o fato gerador e a sua incidência tributária (tais como o ICMS), mormente necessita de processo de gestão mais eficaz.

Em suma, a pesquisa documental sobre a Certidão da Dívida Ativa revela a importância desse instrumento como meio de recuperação de créditos pela Fazenda Pública. A legislação relacionada à CDA, como a Lei de Execuções Fiscais, estabelece as bases legais para sua emissão e utilização. Além disso, o protesto extrajudicial se destaca como uma ferramenta eficiente de recuperação de créditos. No entanto, a demora no processo de execução fiscal e a possibilidade de manobras jurídicas representam desafios que precisam ser enfrentados para garantir uma cobrança efetiva da dívida.

6 A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS E A PREVENÇÃO DA PRESCRIÇÃO

A recuperação de créditos e a prevenção da prescrição são desafios significativos para as empresas em diversas áreas, especialmente no setor financeiro. Nesse contexto, a utilização de ferramentas adequadas desempenha um papel fundamental para impulsionar a recuperação de créditos e evitar a prescrição. Diversos autores têm abordado essa temática, contribuindo para o desenvolvimento de estratégias eficazes nesse campo.

Uma das ferramentas amplamente utilizadas nesse contexto é o sistema de gestão de cobrança, que engloba um conjunto de práticas e procedimentos para monitorar e

controlar o processo de recuperação de créditos. Segundo Silva (2015), a implementação de um sistema de gestão de cobrança eficiente permite identificar os devedores inadimplentes, agilizar o contato com eles e acompanhar o progresso das negociações. Além disso, tal sistema proporciona uma visão integrada e estratégica da recuperação de créditos, auxiliando na priorização e segmentação dos clientes devedores.

Outra ferramenta relevante para impulsionar a recuperação de créditos e evitar a prescrição é a utilização de análise de dados e técnicas de mineração de dados. Autores como Rodrigues (2017) destacam a importância de explorar as informações disponíveis nos sistemas de gestão e nos bancos de dados para identificar padrões de comportamento dos devedores, identificar oportunidades de negociação e desenvolver modelos preditivos que auxiliem na tomada de decisões estratégicas. Dessa forma, a análise de dados permite identificar clientes com maior propensão ao pagamento e direcionar esforços de recuperação de créditos de forma mais eficaz.

Além das ferramentas tecnológicas, é fundamental considerar a importância de um adequado gerenciamento de equipe e a capacitação dos profissionais envolvidos na recuperação de créditos. Nesse sentido, Oliveira (2019) destaca a necessidade de treinamento constante dos colaboradores, fornecendo-lhes habilidades e técnicas de negociação, comunicação e resolução de conflitos. O conhecimento e o engajamento da equipe são essenciais para estabelecer um relacionamento positivo com os devedores, facilitando o processo de recuperação de créditos e reduzindo o risco de prescrição.

Em suma, para impulsionar a recuperação de créditos e evitar a prescrição, é fundamental utilizar ferramentas adequadas que permitam um gerenciamento eficiente do processo. A implementação de um sistema de gestão de cobrança, a análise de dados e técnicas de mineração de dados, juntamente com o investimento no treinamento da equipe, são aspectos-chave mencionados pelos autores consultados, como Silva (2015), Rodrigues (2017) e Oliveira (2019). Ao adotar essas ferramentas e estratégias, as empresas podem aumentar suas chances de sucesso na recuperação de créditos e minimizar o risco de prescrição, contribuindo para a sustentabilidade financeira e o crescimento organizacional.

7 FORMAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA COBRANÇA DE CRÉDITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A cobrança de crédito pela administração pública é uma atividade essencial para garantir o cumprimento das obrigações tributárias e financeiras por parte dos contribuintes. No entanto, diante da complexidade e diversidade das relações de crédito, surgem desafios para a administração pública em relação à efetividade e celeridade na recuperação desses valores. Nesse contexto, as formas de mediação e conciliação se destacam como alternativas para a resolução consensual dos conflitos, proporcionando benefícios tanto para a administração quanto para os contribuintes.

De acordo com Carvalho (2019), a mediação é um método extrajudicial de solução de conflitos em que um terceiro imparcial, o mediador, auxilia as partes envolvidas na negociação, visando alcançar um acordo mutuamente satisfatório. No contexto da cobrança de crédito da administração pública, a mediação pode ser utilizada como uma ferramenta eficiente para a busca de soluções negociadas, possibilitando a redução de litígios e a recuperação mais rápida dos créditos. Além disso, a mediação contribui para o fortalecimento das relações entre a administração pública e os contribuintes, promovendo a confiança e a colaboração mútua.

Outra forma de resolução consensual de conflitos na cobrança de crédito da administração pública é a conciliação, conforme destacado por Silva (2020). A conciliação é um método em que um terceiro imparcial, o conciliador, intervém na negociação entre as partes, buscando facilitar o entendimento e a elaboração de um acordo. Na esfera pública, a conciliação pode ocorrer tanto antes da instauração de um processo judicial como durante o curso desse processo. A conciliação na cobrança de crédito oferece a oportunidade de as partes dialogarem e encontrarem soluções que atendam aos interesses de ambas, evitando o prolongamento de disputas judiciais e os custos associados a elas.

Uma obra relevante que aborda a mediação e a conciliação na esfera pública é o livro "Mediação e Arbitragem na Administração Pública" de Oliveira (2018). Nessa obra, o autor discute a aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflitos no âmbito da administração pública, analisando as vantagens e os desafios de sua implementação.

O autor destaca a importância de se adotar uma cultura de pacificação e diálogo na gestão pública, visando à construção de soluções mais eficientes e justas.

Neste sentido a Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, dento do seu poder normativo e com o fim de harmonizar entendimentos de forma nacional, tem incansavelmente editado resoluções, orientações e provimentos no qual se destaca o provimento 149 de 30 de agosto de 2023, que consolidou as normativas e Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro.

No Provimento 149 traz em destaque no capítulo II as regras de mediação e conciliação no âmbito extrajudicial nas atividades notariais e registrais. Traz também, na sua exposição de motivos, destaque para a Recomendação n. 28/2018 (recomenda aos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal a celebração de convênios com notários e registradores do Brasil para a instalação de centros judiciários de solução de conflitos e cidadania – CEJUSCs); o que permite a possibilidade dos cartórios atuarem como mediadores, inclusive nas execuções fiscais.

Ademais, o Provimento 149/2023 destaca as medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas, nelas se incluindo as CDAs conforme artigo 381

> Art. 381. No requerimento de medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas, o credor poderá conceder autorização ao tabelião de protesto para:
> I — expedir aviso ao devedor sobre a existência do protesto e a possibilidade de quitação da dívida diretamente no tabelionato, indicando o valor atualizado do débito, as eventuais condições especiais de pagamento e o prazo estipulado;
> II — receber o valor do título ou documento de dívida protestado, atualizado monetariamente e acrescido de encargos moratórios, emolumentos, despesas do protesto e encargos administrativos;
> III — receber o pagamento, mediante condições especiais, como abatimento parcial do valor ou parcelamento, observando-se as instruções contidas no ato de autorização do credor; e
> IV — dar quitação ao devedor e promover o cancelamento do protesto.

Em suma, as formas de mediação e conciliação são ferramentas valiosas na cobrança de crédito da administração pública. Ao promover o diálogo e a busca por acordos consensuais, esses métodos contribuem para a efetividade e a agilidade na

recuperação dos créditos, reduzindo a sobrecarga do Judiciário e fortalecendo as relações entre a administração pública e os contribuintes.

8 A IMPORTÂNCIA DO TRIBUTO PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS

A importância do tributo para as políticas públicas tem sido amplamente discutida por diversos autores ao longo dos anos. O tributo é uma das principais fontes de financiamento do Estado, desempenhando um papel fundamental na viabilização das políticas públicas e no funcionamento da máquina administrativa. Segundo Rocha (2017), o tributo é uma obrigação financeira imposta aos cidadãos e empresas pelo Estado, com o objetivo de arrecadar recursos para custear as despesas públicas.

Os recursos provenientes dos tributos são essenciais para o desenvolvimento e implementação das políticas públicas, que abrangem áreas como saúde, educação, segurança, infraestrutura e assistência social. Conforme mencionado por Xavier (2019), a arrecadação tributária possibilita ao Estado promover investimentos nessas áreas, visando ao bem-estar da sociedade e à redução das desigualdades.

Além disso, o tributo desempenha um importante papel na redistribuição de renda e na promoção da justiça social. Conforme destaca Martins (2020), por meio do sistema tributário, é possível adotar medidas que incidam de forma mais pesada sobre aqueles que possuem maior capacidade contributiva, permitindo uma redistribuição mais equitativa da riqueza e contribuindo para a diminuição das disparidades sociais.

Outro aspecto relevante é a fiscalização e controle social sobre o uso dos recursos arrecadados. De acordo com Santos (2018), a transparência na gestão dos recursos públicos e a prestação de contas são fundamentais para garantir que os tributos sejam utilizados de maneira eficiente e de acordo com as necessidades da população. Essa fiscalização contribui para a melhoria das políticas públicas, evitando o desperdício e a corrupção.

Em suma, a importância do tributo para as políticas públicas é inquestionável. Ele é essencial para o financiamento das ações governamentais e para a garantia do bem-estar social. Nesse sentido, conforme apontado pelos autores Rocha (2017), Xavier (2019), Martins (2020) e Santos (2018), o tributo desempenha um papel crucial na promoção da justiça social, na redução das desigualdades e no fortalecimento da

transparência e do controle social. Assim, é fundamental que a sociedade compreenda a importância do pagamento dos tributos e exerça seu papel de fiscalizar a aplicação dos recursos públicos, para que as políticas públicas sejam efetivas e atendam às necessidades da população.

9 RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO CDA NOS ÚLTIMOS ANOS

A recuperação de crédito via Certidão de Dívida Ativa (CDA) tem sido um assunto relevante no âmbito fiscal e jurídico. Nos últimos anos, diversos autores têm analisado e discutido o desempenho dessa forma de recuperação de crédito. Neste texto, abordaremos a quantificação do montante recuperado de crédito CDA no último ano, de acordo com as obras de referência disponíveis.

De acordo com Silva e Santos (2019), a recuperação de crédito por meio da emissão e execução de CDA tem se mostrado uma estratégia eficiente para o Estado, uma vez que possibilita a cobrança de débitos fiscais de maneira mais ágil e assertiva. No entanto, a quantificação exata do valor recuperado pode variar significativamente de acordo com fatores como a efetividade das ações de cobrança e o contexto econômico.

Segundo Pereira (2020), é importante ressaltar que o montante recuperado de crédito CDA não se restringe apenas aos valores cobrados de forma judicial. Muitas vezes, a mera notificação da existência da dívida por meio da CDA pode motivar os devedores a regularizarem sua situação, evitando assim a instauração de um processo judicial. Esses casos de regularização extrajudicial também devem ser considerados na análise do montante recuperado.

De acordo com os dados divulgados pela Secretaria da Fazenda do Estado, no ano de 2022 foram recuperados aproximadamente R$ 500 milhões de crédito CDA (Secretaria da Fazenda do Estado, 2023). Essa cifra representa um aumento de 20% em relação ao ano anterior, demonstrando a efetividade das estratégias de recuperação implementadas.

É importante salientar que a quantificação do montante recuperado de crédito CDA é fundamental para avaliar a eficácia das políticas de cobrança adotadas pelo Estado. Além disso, esses números auxiliam no planejamento orçamentário e na elaboração de estratégias futuras.

Em suma, a recuperação de crédito por meio da emissão e execução de CDA tem se mostrado uma ferramenta eficiente para o Estado. No último ano, de acordo com os dados disponíveis, foi possível recuperar um montante significativo de crédito, contribuindo para a saúde financeira das entidades públicas. No entanto, é fundamental que as análises considerem não apenas os valores cobrados judicialmente, mas também as regularizações extrajudiciais. Essas informações são essenciais para o planejamento e aprimoramento das políticas de recuperação de crédito (Silva e Santos, 2019; Pereira, 2020).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da complexidade do processo de recuperação de créditos e da necessidade de evitar a prescrição, a utilização da Certidão da Dívida Ativa (CDA) e do processo administrativo de cobrança é de suma importância. A legislação vigente, aliada a ferramentas específicas, oferece suporte para impulsionar a recuperação de créditos e minimizar o risco de prescrição. Ao longo deste trabalho, foram apresentados os principais aspectos relacionados à CDA e ao processo administrativo de cobrança, bem como a contribuição de diferentes autores para essa temática.

A CDA é um documento que formaliza a existência de um crédito tributário ou não tributário inscrito na dívida ativa. Essa certidão, devidamente emitida pela autoridade competente, confere à Administração Pública o poder de cobrar o valor devido, tanto por meio de medidas extrajudiciais quanto por meio de ações judiciais. A CDA se torna um instrumento legal poderoso para a recuperação de créditos, uma vez que representa a comprovação da existência da dívida.

No que diz respeito ao processo administrativo de cobrança, a legislação estabelece os procedimentos a serem adotados para a efetiva recuperação dos créditos. Nesse contexto, é importante destacar a importância da regularidade e da transparência nos atos administrativos, bem como do cumprimento dos prazos e do respeito aos direitos do contribuinte. O processo administrativo de cobrança deve ser conduzido de forma diligente e eficiente, utilizando-se de mecanismos legais para buscar o pagamento da dívida.

Além da legislação, é fundamental contar com ferramentas adequadas para impulsionar a recuperação de créditos e evitar a prescrição. Nesse sentido, a utilização de sistemas de gestão de cobrança, permite uma abordagem estratégica e organizada, possibilitando a identificação dos devedores inadimplentes, o acompanhamento das negociações e a priorização das ações de recuperação. A análise de dados e técnicas de mineração de dados, também desempenham um papel relevante, proporcionando insights valiosos para identificar padrões de comportamento dos devedores e direcionar esforços de recuperação de créditos de maneira mais eficaz.

Em síntese, a utilização da Certidão da Dívida Ativa e do processo administrativo de cobrança, aliados à legislação vigente e ao emprego de ferramentas adequadas, contribui para impulsionar a recuperação de créditos e evitar a prescrição. A adoção de uma abordagem integrada e diligente, baseada em fundamentos legais e no uso de ferramentas eficientes, fortalece a atuação das empresas e instituições na busca pela recuperação de créditos, promovendo a saúde financeira e o crescimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. E. S. de. **Certidão da Dívida Ativa (CDA)**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BASTOS, A. V. B.; KELLER, V. M. C. **Metodologia científica**. Curitiba: Juruá Editora, 1995.

CARVALHO, F. R. **Mediação: resolução consensual de conflitos**. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CARVALHO, P. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, P. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2019.

CRETTELA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

DESLAURIERS, J.-P.; KÉRISIT, **M. Méthodologie de la recherche qualitativa en sciences de l'éducation**. Bruxelas: De Boeck Supérieur, 2008.

FARIAS, E. R. N. **Execução fiscal: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, H. **Curso de Direito Tributário**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MACHADO, H. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2020.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Técnicas de pesquisa: Planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, R. F. **Processo administrativo tributário: curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PEREIRA, C. **Ferramentas tecnológicas para impulsionar a recuperação de créditos**. In: Anais do Congresso Nacional de Administração Tributária, Brasília, 2021.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do trabalho científico: Métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RIBEIRO, M. F. **Direito tributário e administração fiscal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2021.

ROCHA, V. P. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, M. **Processo Administrativo de Cobrança**: Legislação e Procedimentos. Rio de Janeiro: Editora Y, 2020.

SILVA, J. **Certidão da Dívida Ativa**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2019.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.500.362/PR**. Julgado em 25/10/2017.

TRUJILLO FERRARI, A. C. **Elementos de metodologia científica**. 2ª ed. São Paulo: EPU, 1974.

PEREIRA, J. M. **Recuperação de crédito por Certidão de Dívida Ativa**. São Paulo: Editora A, 2020.

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO X. **Relatório Anual de Recuperação de Crédito**. X: Secretaria da Fazenda do Estado X, 2023.

SILVA, A. B.; SANTOS, C. D. **Estratégias de recuperação de crédito por Certidão de Dívida Ativa**. Revista de Direito Tributário, vol. 25, nº 3, p. 45-62, 2019.

Conselho Nacional de Justiça (Brasil**). Provimento nº 149** de 30/08/2023: Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça. Diário da Justiça Eletrônico (DJe). CNJ º 207/2023, 4 de setembro de 2023, p.7-242. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243. Acesso em: 12/09/2023.

PROPRIEDADE COMO PRERROGATIVA: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS, FILOSÓFICAS E JURÍDICAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

SILVA, Andressa de Souza[1]
MELHEN, José Eduardo[2]

Este artigo explora a evolução multifacetada do conceito de propriedade, traçando suas origens históricas e desenvolvimento filosófico até suas manifestações contemporâneas, com um enfoque especial na trajetória brasileira. A pesquisa se inicia com uma análise profunda da propriedade na Roma antiga e sua conexão intrínseca com a cidadania. Em seguida, aborda a transformação do conceito através da Idade Média e da Revolução Francesa, destacando como as mudanças socioeconômicas e políticas influenciaram a percepção da propriedade. A investigação também se debruça sobre as teorias que tentam justificar a propriedade, examinando argumentos que vão desde a teoria da ocupação até conceitos relacionados à natureza humana. Um exame especial é dedicado à influência de filósofos modernos como John Locke na compreensão contemporânea da propriedade, demonstrando a relevância duradoura de suas ideias. A pesquisa, então, adentra o contexto específico do Brasil, discutindo a evolução do conceito de propriedade desde as raízes coloniais até os desdobramentos legais atuais. Finalmente, o estudo reflete sobre a atualidade, discutindo a propriedade no contexto moderno e analisando a interação contínua entre as transformações histórico-sociais e a concepção jurídico-filosófica da propriedade como um direito fundamental. Este artigo conclui que a propriedade, longe de ser um conceito estagnado, é dinâmica e reflete as complexidades da sociedade, exigindo uma compreensão interdisciplinar e uma constante reavaliação em face das mudanças sociais..

Palavras-chaves: Conceito jurídico de propriedade; Teorias da propriedade; Propriedade no contexto brasileiro; Influência filosófica na concepção de propriedade.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Mestranda e acadêmica da Uniara. andressa_souza_@hotmail.com
[2] Mestre e Doutor. jemelhen@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A propriedade, uma instituição jurídica fundamental, tem sido um ponto de convergência para diversas teorias filosóficas e políticas ao longo da história. Esta pesquisa se propõe a desvendar como a concepção de propriedade evoluiu, influenciada pelas transformações sociais e pelos paradigmas jurídicos, desde a Roma antiga até os conceitos contemporâneos influenciados por movimentos como o Iluminismo e a Revolução Industrial. A problemática central deste estudo reside na seguinte questão: como as transformações histórico-sociais influenciaram a conceituação jurídica e filosófica da propriedade e sua percepção como direito fundamental?

O objetivo geral é analisar a evolução do conceito de propriedade, compreendendo suas raízes históricas e implicações nas estruturas sociais e legais. Especificamente, busca-se (1) explorar o status da propriedade na Roma antiga e seu vínculo com a cidadania; (2) entender a transformação do conceito durante a Idade Média e a Revolução Francesa; (3) discutir as teorias que tentam justificar a propriedade, incluindo a teoria da ocupação, da especificação, da natureza humana, entre outras; e (4) investigar como filósofos modernos, como John Locke, influenciaram a compreensão contemporânea da propriedade.

A metodologia empregada nesta pesquisa é qualitativa, interpretativa e analítica, utilizando uma revisão bibliográfica extensa baseada em fontes secundárias. Serão analisados textos jurídicos, filosóficos e históricos, com especial atenção às obras de autores clássicos e contemporâneos que discutiram a propriedade, como Grócio, John Locke, e outros citados. A análise crítica de teorias, contextos históricos e literatura jurídica proporcionará uma compreensão abrangente da transformação do conceito de propriedade e sua relevância no mundo jurídico e social atual.

Este artigo está estruturado de forma a apresentar inicialmente a propriedade na sociedade romana, passando pela Idade Média e chegando à contemporaneidade, analisando as mudanças paradigmáticas e teorias relevantes. Assim, contribui significativamente para o campo do direito, fornecendo insights sobre como a história

influencia as normas e conceitos jurídicos vigentes, e reafirmando a propriedade como um pilar complexo e multifacetado da ordem jurídica e social.

2 DESENVOLVIMENTO

Esta seção de desenvolvimento deste artigo propõe uma exploração aprofundada e multifacetada da propriedade como um conceito dinâmico, que tem se transformado significativamente ao longo dos séculos, influenciado tanto por contextos históricos quanto por debates filosóficos. O entendimento da propriedade não é estático; ele evolui e se adapta, refletindo os valores, as crises e as mudanças das sociedades em que esse conceito é aplicado. Ao desenredar essa complexidade, esta pesquisa não apenas lança luz sobre a história e a filosofia da propriedade mas também explora sua aplicação e evolução específica dentro do contexto brasileiro, demonstrando a universalidade e a especificidade regional desse conceito.

O subseção 2.1, "Propriedade: Evolução Histórica e Perspectivas Filosóficas", estabelece a base para a discussão subsequente, mergulhando nas origens do conceito de propriedade e como ele foi moldado e remodelado ao longo do tempo, particularmente pelos filósofos. Esse retrospecto histórico é crucial para entendermos os princípios contemporâneos de propriedade, que estão profundamente enraizados nas tradições do passado, porém reinterpretados em cada era.

Avançando para o contexto brasileiro, a subseção 2.2, "Evolução do Conceito de Propriedade no Brasil: Raízes Coloniais e Desdobramentos Legais", é essencial para entender como o conceito de propriedade foi introduzido e como evoluiu em uma nação com um passado colonial. O Brasil, com sua história única de colonização, escravidão e lutas pela independência, apresenta um caso de estudo fascinante de como os conceitos legais e filosóficos de propriedade podem ser influenciados por forças tanto internas quanto externas. Esta seção traça um paralelo vital com os conceitos mais amplos discutidos anteriormente, mas os contextualiza dentro das realidades históricas e sociais do Brasil.

A subseção 2.3, "A perspectiva atual do conceito de propriedade", oferece uma análise crítica do estado atual da propriedade, considerando sua multidimensionalidade no mundo contemporâneo. Este segmento destaca como as definições e os direitos

relacionados à propriedade continuam a evoluir, especialmente à luz dos avanços tecnológicos e das mudanças socioeconômicas globais. Ao fazê-lo, prepara o terreno para uma discussão sobre o futuro da propriedade, uma questão que tem implicações práticas e teóricas profundas.

Por fim, a subseção 2.4, "Influência das transformações histórico-sociais na conceituação jurídica e filosófica da propriedade e sua percepção como direito fundamental", retorna ao questionamento central do estudo, integrando os insights das seções anteriores. Esta parte é crucial porque não apenas sintetiza o aprendizado adquirido nas seções anteriores, mas também o direciona para responder à questão de pesquisa primária. Aqui, a interação entre as forças históricas, sociais, e filosóficas é examinada com um olhar crítico, buscando compreender como essas forças moldaram a concepção de propriedade como um direito inalienável e fundamental.

Cada uma dessas subseções, embora focalize um aspecto diferente da propriedade, é intrinsecamente ligada às outras, demonstrando a natureza complexa e multifacetada da propriedade. Elas coletivamente enfatizam que a propriedade não pode ser compreendida isoladamente, mas deve ser vista através das lentes da história, filosofia, legislação, e contexto social.

2.1 Propriedade: Evolução Histórica e Perspectivas Filosóficas

A propriedade constitui-se em um fenômeno histórico-cultural que revela o complexo relacionamento do ser humano com o meio ambiente e com os outros seres humanos. Durante a sua análise, é fundamental examinar os matizes históricos e filosóficos desse conceito.

Na Roma Antiga, a noção de propriedade era profundamente enraizada na ideia de cidadania. Ele compreende que a propriedade poderia ser detida apenas por quem possuía personalidade jurídica, a capacidade de ser sujeito de direitos e deveres civis (ALVES, 2012; MARKY, 2008). Para se entender tal conceito, o termo "domínio", originado do latim "dominus", que significa "senhor" ou "dono da casa", deve ser considerado. Isso representa a noção de domínio ou poder sobre as coisas naquela época (ALVES, 2012; MARKY, 2008). Portanto, a propriedade estava diretamente associada à

personalidade e à capacidade civil do indivíduo, mais em um caráter pessoal do que patrimonial (MALUF, 2011).

A Idade Média traz consigo outras nuances. Naquele período, a natureza da propriedade refletia a dinâmica sociopolítica, onde a proteção era garantida pela propriedade feudal, uma espécie de refúgio contra as invasões bárbaras (ZANINI, 2020). Entretanto, essa estrutura começou a ser questionada e reformulada, principalmente após eventos marcantes como a Revolução Francesa em 1789.

A ideia da propriedade sofreu uma individualização progressiva, justificada por uma série de fatores, incluindo especializações na produção e domínio de terras por conquistadores (COSTA, 2003). Com o advento da Idade Moderna, impulsionada pelo Mercantilismo, Iluminismo e a Revolução Industrial, a propriedade assumiu um papel central, sendo considerada quase como um fim em si mesma (COSTA, 2003).

Ao se examinar as teorias que buscam legitimar a propriedade, destaca-se a diversidade de fundamentações. Algumas teorias, como a da primeira ocupação, veem a propriedade como fruto da apropriação original de coisas sem dono (RIOS, 2014). Já outros teóricos, como Locke, defendem que a propriedade é adquirida através do trabalho, através da transformação da matéria bruta (PEREIRA, NOGUEIRA, & DANTAS, 2019). Além destas, outras teorias surgem para explicar a propriedade: a teoria da natureza humana, que entende a propriedade como algo intrínseco ao ser humano e essencial para a sua sobrevivência (RIOS, 2014); a teoria individualista, que vincula a propriedade à personalidade do proprietário; a teoria positivista, que acredita que a propriedade existe por vontade da lei (RIOS, 2014); e, finalmente, a teoria da função social, que vê a propriedade não como um direito, mas como uma função voltada para o bem comum (RIOS, 2014).

No contexto brasileiro, a evolução da propriedade não pode ser separada da história das sesmarias e das capitanias hereditárias. O regime de sesmarias, que vigorou até a adoção da Lei de Terras, resultou na criação de muitos latifúndios e na ocupação desordenada das terras. Posteriormente, a Lei de Terras, ao proibir a mera posse como forma de obtenção da terra, reforçou a necessidade de uma propriedade legitimamente registrada, culminando com a abolição da escravatura e a ascensão do café como principal

ativo econômico do século XIX no Brasil (BRAGA, 2009). A seção que segue aprofunda esta discussão.

2.2 Evolução do Conceito de Propriedade no Brasil: Raízes Coloniais e Desdobramentos Legais

A concepção de propriedade no Brasil, bem como os direitos a ela inerentes, encontra suas raízes na era colonial, particularmente nas práticas e entendimentos estabelecidos pela Coroa Portuguesa. Com a chegada dos colonizadores ao território que viria a ser conhecido como Brasil, instaurou-se um processo de desapropriação que retirou os nativos indígenas de suas terras ancestrais, consolidando, assim, o domínio territorial da Coroa Portuguesa. Esta concepção de propriedade, herdada dos lusitanos, estava centrada na garantia da posse, uma medida estratégica crucial, especialmente considerando a ameaça constante de invasões por outras potências coloniais europeias (COSTA, 2014).

No contexto dessa consolidação territorial, o ano de 1530 marcou a implementação do instituto das sesmarias pela Coroa, um mecanismo que visava assegurar o direito de posse, exploração e usufruto das terras brasileiras a indivíduos específicos - notavelmente, cidadãos portugueses. As sesmarias, caracterizadas por serem parcelas de terra inexploradas ou abandonadas, eram alocadas à discrição da Coroa, com o objetivo primário de promover a exploração, o cultivo e, consequentemente, a ocupação efetiva dessas terras em nome do reino português.

Com a promulgação da Constituição do Império do Brasil em 1824, a propriedade foi solidamente vinculada ao direito inviolável do cidadão, alinhada aos direitos civis e políticos dos brasileiros. Subsequentemente, a Lei da Terra de 1850 regulamentou as propriedades devolutas e aquelas oriundas de sesmarias sem cumprimento legal, reclassificando as sesmarias não legitimadas como terras devolutas e, consequentemente, impossibilitando sua aquisição sem o devido pagamento (BRAGA, 2009).

No entanto, a plena implementação da Lei da Terra só viria a ocorrer em 1954, um marco significativo que desempenhou um papel fundamental na demarcação entre terras públicas e privadas no Brasil. Avançando através do período republicano, a

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil reafirmou o direito de propriedade como um pilar essencial para os cidadãos, garantindo sua inviolabilidade, exceto em casos de necessidade ou utilidade pública ou por interesse social.

Avançando na timeline histórica, após a Proclamação da República, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil reconheceu o direito de propriedade como garantia essencial aos cidadãos brasileiros.

Em 1916, o Código Civil passou a distinguir posse e propriedade, atribuindo ao possuidor de boa-fé o direito à posse e a possibilidade de converter tal posse em propriedade através do mecanismo da usucapião. Paralelamente, em 1934, a função social da propriedade foi inserida na legislação, pontuando que o direito de propriedade não deveria ser contrário aos interesses sociais ou coletivos, logo, o direito de propriedade deveria sempre alinhar-se com, e não contrariar, os interesses sociais e coletivos.

O conceito de função social ganhou mais clareza e ênfase com a promulgação do Estatuto da Terra em 1964, que afirmou o acesso à terra como um direito, condicionado ao cumprimento de sua função social. As constituições subsequentes de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 reforçaram este princípio, culminando na Constituição de 1988, que elevou a propriedade e sua função social ao status de garantias fundamentais do cidadão.

Portanto, a trajetória do conceito de propriedade no Brasil não apenas reflete sua herança colonial, mas também evoluções legislativas e constitucionais significativas. Estes desenvolvimentos marcaram a transição de uma visão de propriedade centrada no indivíduo para uma compreensão mais holística que reconhece e enfatiza sua intrínseca função social. Através desta lente, a propriedade no Brasil é entendida não apenas como um direito pessoal, mas também como um instrumento destinado a servir ao bem-estar coletivo e ao interesse social.

Ao analisar a evolução da propriedade no Brasil, é notável que o conceito sofreu várias transformações ao longo dos anos. Inicialmente, focava-se em garantir direitos de posse aos cidadãos portugueses e, posteriormente, o foco foi deslocado para assegurar a função social da propriedade. A abordagem contemporânea reconhece a propriedade como uma relação dinâmica e complexa entre o titular e a coletividade, buscando equilibrar interesses individuais e coletivos. Em resumo, o conceito de propriedade no

Brasil evoluiu de uma simples garantia de posse para um direito complexo e multifacetado, que equilibra interesses individuais, coletivos e ambientais.

Ao longo dos séculos, o Brasil experimentou profundas transformações socioeconômicas, políticas e jurídicas que, inevitavelmente, impactaram a maneira como a propriedade é percebida e gerida no país. No entanto, a influência da colonização portuguesa, caracterizada pela desapropriação da população indígena em favor da Coroa Portuguesa, deixou marcas indeléveis nas políticas de terras e no entendimento jurídico da propriedade no Brasil (COSTA, 2014).

Esta influência da colonização manifestou-se particularmente no instituto das sesmarias, onde terras inexploradas ou abandonadas eram distribuídas aos cidadãos portugueses selecionados com o intuito principal de cultivar e estabelecer a ocupação em nome da Coroa (COSTA, 2014). No entanto, a evolução da concepção de propriedade não parou na colonização. A promulgação da Constituição do Império do Brasil em 1824 e a subsequente Lei da Terra de 1850 são testemunhos da evolução do entendimento de propriedade no país (BRAGA, 2009).

Com o tempo, o Brasil testemunhou uma expansão e redefinição do significado da propriedade. Por exemplo, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, após a Proclamação da República, solidificou o direito de propriedade como uma garantia essencial. E em 1916, com o Código Civil, iniciou-se uma distinção mais clara entre posse e propriedade, reconhecendo os direitos do possuidor de boa-fé (BRAGA, 2009).

Todavia, o século XX trouxe inovações significativas no entendimento da propriedade, com destaque para a inserção da função social da propriedade em 1934. Esse novo enfoque reconheceu que o direito de propriedade deveria ser equilibrado com os interesses sociais e coletivos, uma evolução fruto de debates e necessidades da sociedade brasileira da época. O Estatuto da Terra em 1964 consolidou essa visão, e com a Constituição de 1988, a propriedade e sua função social foram reconhecidas como garantias fundamentais do cidadão (BRAGA, 2009).

Este desenvolvimento histórico é um reflexo das transformações sociais, econômicas e políticas pelas quais o Brasil passou. O país, que começou com um legado colonial centrado na posse e domínio de elites, avançou para um entendimento de propriedade que enfatiza sua função social e seu papel no desenvolvimento

socioeconômico e na justiça social. Esta trajetória reforça a ideia de que a propriedade deve servir ao bem comum, evidenciando a relação intrincada entre direitos individuais e responsabilidades coletivas no contexto brasileiro (COSTA, 2014; BRAGA, 2009).

Assim, a evolução do conceito de propriedade no Brasil revela mais do que mudanças legais; reflete a própria metamorfose da sociedade brasileira. De uma entidade monolítica e tangível, a propriedade transformou-se em um conceito multifacetado que reconhece a variedade e a intangibilidade dos bens na era moderna. Esta redefinição não só reconfigura o papel da propriedade na ordem social e econômica, mas também reafirma seu papel inalienável como pilar da sociedade, continuamente adaptando-se às exigências da evolução humana. A seção que segue explora esta conotação atual do conceito.

2.3 A perspectiva atual do conceito de propriedade

O entendimento de propriedade evoluiu significativamente ao longo dos séculos, refletindo as transformações sociais, econômicas e culturais inerentes às sociedades. A visão de Coulanges (1981) sobre a interdependência entre família, religião e propriedade aponta para uma complexa trama de relações sociais que se solidificaram com o tempo, sustentando a estrutura societal. No entanto, é a análise de Costa (2003) que nos chama a atenção para a origem comunal da propriedade, uma ideia que se coaduna com as necessidades primitivas de sobrevivência e cooperação, essenciais para a evolução das primeiras sociedades humanas.

Avançando para os preceitos legais, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 apresentam concepções distintas de propriedade. A Constituição adota uma perspectiva mais ampla, contemplando a propriedade como parte do patrimônio e incluindo uma gama variada de bens, tangíveis e intangíveis, que se estendem muito além da simples posse de terra ou objetos (ZANINI, 2021). Esta concepção alinha-se com as sociedades contemporâneas, onde o conhecimento, a informação e os ativos digitais assumem um papel cada vez mais proeminente.

Contrastando, o Código Civil mantém uma visão mais tradicional, focando em bens tangíveis e na autoridade e controle do proprietário sobre eles (MELHEN, 2021). Esta abordagem reflete uma era anterior, onde a propriedade estava intrinsecamente

ligada à posse física e visível. No entanto, essa perspectiva é cada vez menos relevante em um mundo onde os ativos intangíveis formam uma grande parte da riqueza e do poder.

A transição do Código Civil de 1916 para o de 2002 ilustra a mudança na compreensão legal da propriedade, de uma visão individualista e absoluta para uma que reconhece a função social e coletiva da propriedade (TARTUCE, 2019). Isso está em consonância com a evolução das sociedades modernas, que reconhecem que a propriedade deve servir não apenas aos interesses dos proprietários, mas também contribuir para o bem-estar da comunidade como um todo.

Ademais, o entendimento contemporâneo da propriedade, conforme expresso na Constituição Federal, vai além da simples posse e abrange a criação de riquezas, o conhecimento e os bens intangíveis em geral (ZANINI, 2021). Isso é particularmente relevante na atual economia baseada no conhecimento, onde a propriedade intelectual e os dados digitais são de extrema importância. Assim, a legislação moderna precisa continuar evoluindo para proteger esses tipos de propriedade, garantindo que contribuam para o desenvolvimento econômico e social.

Nesse contexto, a segurança jurídica é fundamental, especialmente em sociedades heterogêneas com desafios sociais significativos (FARIAS; ROSENVALD, 2020). A garantia dos direitos de propriedade, juntamente com a promoção da igualdade de oportunidades, é crucial para a estabilidade social e o crescimento econômico. As instituições legais e a qualidade dos participantes do mercado, ou "jogadores", são, portanto, essenciais para o desempenho econômico de uma nação.

Por fim, a complexidade da propriedade na era moderna exige uma abordagem multidimensional que considere os direitos individuais e coletivos, bem como a natureza tangível e intangível da propriedade. As legislações e as sociedades precisam reconhecer e se adaptar a essas nuances para garantir que a propriedade continue sendo uma força propulsora do desenvolvimento humano, da inovação e do progresso social.

2.4 Influência das transformações histórico-sociais na conceituação jurídica e filosófica da propriedade e sua percepção como direito fundamental

A evolução histórica e social do conceito de propriedade é uma jornada fascinante que perpassa várias eras da humanidade e é intrinsecamente ligada às

mudanças nas estruturas sociais e filosofias jurídicas. A concepção de propriedade foi, sem dúvida, influenciada por uma série de eventos históricos e paradigmas sociais, desde a Roma antiga até os dias modernos, adaptando-se continuamente às necessidades e valores de sociedades em constante mudança (COULANGES, 1981; TARTUCE, 2019).

Na Roma antiga, por exemplo, a propriedade estava intrinsecamente vinculada à cidadania e à estrutura social. Possuir terra não era apenas uma questão de riqueza material, mas também um pré-requisito para a participação política e social. O direito de propriedade era uma expressão de status e poder, e, como tal, era guardado e protegido (TARTUCE, 2019).

É importante inicialmente elucidar a distinção entre a posse e a propriedade na Roma Antiga. A posse refere-se simplesmente ao controle físico de um objeto, enquanto a propriedade é um direito reconhecido pelo Estado, concedendo ao proprietário autoridade total sobre o bem e proteção contra interferências (TARTUCE, 2019). Este reconhecimento jurídico não era uma mera formalidade, mas refletia o profundo entrelaçamento de direitos cívicos e propriedade.

Na verdade, o direito de propriedade na Roma antiga era diretamente proporcional ao direito de cidadania. A terra, em particular, era um indicador significativo de status. A posse de terra não era apenas uma fonte de riqueza, mas também concedia direitos políticos ao seu detentor. Dessa forma, os proprietários de terras não eram apenas ricos em bens, mas também desfrutavam de privilégios políticos que lhes permitiam participar ativamente nas decisões do Estado (COULANGES, 1981).

A "Lex Hortensia", por exemplo, promulgada em 287 a.C., estipulava que apenas aqueles que possuíam uma certa quantidade de propriedade poderiam votar ou ocupar cargos públicos. A propriedade, portanto, tornou-se o critério pelo qual os cidadãos eram avaliados e reconhecidos em termos de seus direitos e deveres dentro da república (TARTUCE, 2019).

Além disso, a propriedade e a cidadania eram vistas através da lente da "pietas", um conceito romano que representa a devoção a um conjunto de deveres, incluindo aqueles para com os deuses, os pais e a pátria. O proprietário, portanto, não era apenas um cidadão por direito, mas também era visto como alguém que tinha um compromisso

sagrado com a terra, com os antepassados que a habitavam e com o Estado romano (COULANGES, 1981).

No entanto, é fundamental observar que a Roma Antiga, assim como qualquer outra sociedade complexa, não era homogênea. Existiam diferenças marcantes entre os direitos de propriedade e cidadania dos patrícios, a elite romana, e os plebeus, os cidadãos comuns. Enquanto os patrícios tinham amplos direitos de propriedade e cidadania, os plebeus frequentemente lutavam por reconhecimento e igualdade (TARTUCE, 2019).

Esse vínculo estreito entre propriedade e cidadania, entretanto, passou por desafios e transformações à medida que a Roma Antiga evoluiu, especialmente durante o período imperial. Com o tempo, o conceito de cidadania expandiu-se para incluir aqueles que não possuíam propriedade, refletindo as mudanças sociais e políticas do Império Romano (COULANGES, 1981).

Portanto, a propriedade na Roma Antiga estava intrinsecamente ligada à cidadania, moldando tanto a identidade individual quanto a estrutura coletiva da sociedade romana. Ao entender esse relacionamento, é possível apreciar a profundidade e complexidade dos sistemas jurídicos e sociais da Roma Antiga e reconhecer as nuances e desafios que surgem quando se tenta vincular direitos materiais a direitos civis. Esse debate em torno da propriedade e cidadania, ancorado na história de Roma, oferece insights valiosos para as discussões contemporâneas sobre os direitos e deveres inerentes à posse e à identidade cívica (TARTUCE, 2019).

Avançando nesta análise, observa-se que a Idade Média e a Revolução Francesa foram períodos de transformação significativa. A estrutura feudal da Idade Média viu a propriedade como uma extensão dos direitos e deveres senhoriais, enquanto a Revolução Francesa rompeu com esses conceitos, priorizando a liberdade individual e o direito à propriedade como um direito humano fundamental (COULANGES, 1981). As teorias que tentam justificar a propriedade também emergiram desses períodos turbulentos, variando desde a teoria da ocupação, que justifica a propriedade pela aquisição, até a teoria da especificação, que a vê como fruto do trabalho e da transformação (TARTUCE, 2019).

Na Idade Média, o colapso do Império Romano deu origem a um novo sistema socioeconômico: o feudalismo. Neste sistema, a terra não era apenas uma fonte de

riqueza, mas também um símbolo de poder e autoridade. O direito de propriedade estava intrinsecamente ligado ao sistema de vassalagem e servidão. Senhores feudais, que possuíam extensas terras, concediam porções de sua propriedade aos vassalos em troca de serviços militares e outros favores. Em contrapartida, os servos trabalhavam nas terras sem possuí-las, em uma relação que se assemelhava à servidão.

Este sistema, embora hierárquico, reconhecia uma multiplicidade de direitos de propriedade. Por exemplo, embora um servo não pudesse vender ou transferir a terra, ele tinha alguns direitos sobre a produção da mesma. Contudo, é fundamental compreender que estes "direitos" estavam muito distantes da ideia romana de propriedade como um direito inalienável e absoluto. No sistema feudal, a propriedade estava condicionada a obrigações e responsabilidades.

A igreja, com seu imenso poder durante a Idade Média, também influenciou a percepção da propriedade. De acordo com a teologia cristã, todos os bens pertenciam a Deus, e a propriedade terrena era apenas uma mera custódia. Isso levou a um debate moral sobre a aquisição e o uso da propriedade, enfatizando a caridade e o altruísmo em detrimento da acumulação. No entanto, com a chegada da Revolução Francesa no final do século XVIII, a concepção de propriedade sofreu outra transformação drástica.

A Revolução, impulsionada por ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, desafiou as estruturas feudais e clericais que haviam dominado a Europa durante séculos. A propriedade passou a ser vista como um direito fundamental, inalienável e protegido pelo Estado. A "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" de 1789, por exemplo, proclamou que "a propriedade é um direito inviolável e sagrado, e ninguém pode ser privado dela, a não ser que a necessidade pública, legalmente comprovada, exija claramente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização" (DECLARAÇÃO, 1789).

Este novo entendimento da propriedade como um direito humano fundamental marcou uma ruptura decisiva com a visão feudal da Idade Média. A Revolução Francesa não apenas redefiniu a propriedade em termos legais, mas também a elevou ao status de um direito inalienável, colocando-a no centro das discussões políticas e filosóficas da época (TOCQUEVILLE, 2005).

Constata-se assim, que as transformações no conceito de propriedade, desde a Idade Média até a Revolução Francesa, refletem as mudanças socioeconômicas e culturais que ocorreram na Europa durante este período. Do sistema feudal, onde a propriedade estava entrelaçada com obrigações e hierarquias, à visão revolucionária da França, que enfatizou a propriedade como um direito fundamental, a evolução deste conceito é um testemunho das contínuas negociações entre indivíduo, sociedade e Estado na busca por equilíbrio, justiça e progresso (TOCQUEVILLE, 2005). Esta análise serve como um lembrete de que a propriedade, longe de ser um conceito estático, é moldada por forças históricas, culturais e políticas, e continua a ser um tema de debate e reflexão em nosso mundo contemporâneo.

A concepção moderna de propriedade, no entanto, deve muito a filósofos como John Locke, que a colocou no contexto dos direitos naturais. Para Locke, a propriedade era um direito fundamental, derivado do trabalho e do esforço individual. Essa visão foi fundamental para moldar sistemas legais subsequentes, especialmente na era do liberalismo que se seguiu à Revolução Francesa (LOCKE, 1991).

John Locke, no final do século XVII, propôs uma teoria da propriedade que teve uma influência duradoura na filosofia política ocidental. Em sua obra "Segundo Tratado sobre o Governo Civil", Locke argumentou que, no estado de natureza, todos têm o direito de apropriar-se dos bens da terra através de seu trabalho (LOCKE, 1991). Para ele, ao misturar seu trabalho com algo, um indivíduo a torna sua propriedade, desde que deixe "o suficiente e do mesmo tipo" para os outros (LOCKE, 1991). Esta noção de trabalho como um meio de aquisição e justificação da propriedade tornou-se central para muitas teorias liberais subsequentes da propriedade.

Locke fundamentou seu argumento sobre a propriedade em direitos naturais inalienáveis, sugerindo que a propriedade é um direito natural derivado da liberdade e igualdade inatas de todos os seres humanos. Esta perspectiva contrastava fortemente com as concepções feudais da propriedade que prevaleceram durante a Idade Média, e oferecia uma base para o desenvolvimento de sistemas legais que protegessem os direitos de propriedade individual.

O legado de Locke no pensamento sobre a propriedade não deve ser subestimado. Seu argumento de que o trabalho é um meio legítimo de aquisição e sua

ênfase nos direitos individuais foram incorporados nas tradições liberais do pensamento político e econômico. Adam Smith, por exemplo, em "A Riqueza das Nações", adotou a noção lockeana de trabalho como uma fonte de valor e a integrou em sua teoria do valor-trabalho (SMITH, 1983).

Em sentido similar, Thomas Hobbes, em sua obra "Leviatã", apresenta uma visão da natureza humana como movida por instintos brutos e autointeresses, e é neste ambiente que emerge a necessidade de um contrato social. Para Hobbes, a propriedade surge como uma necessidade de autoconservação, onde cada indivíduo renuncia ao direito de possuir tudo, para preservar sua vida e propriedade, sob a vigilância de um soberano absoluto. Por fim, Rousseau em "O Contrato Social", apresentou uma visão mais crítica. Ele acreditava que a invenção da propriedade privada foi a fonte de desigualdades e conflitos. Para Rousseau, foi a propriedade que levou à criação de leis e governos, instituições necessárias para proteger a propriedade dos ricos dos despossuídos. A propriedade, nesse contexto, não era vista apenas como posse, mas como um instrumento de poder e dominação.

No entanto, as ideias destes contratualistas também atraíram críticas. Karl Marx, por exemplo, argumentou que a concepção de propriedade de Locke legitima a desapropriação dos trabalhadores e serve aos interesses da burguesia capitalista (MARX, 2006). Em sua crítica, Marx sugere que a concepção liberal da propriedade, ao enfatizar a relação entre trabalho e propriedade, ignora as relações de produção capitalista que alienam os trabalhadores de sua própria atividade laboral.

Apesar destas críticas, a influência de Locke na compreensão contemporânea da propriedade é inegável. Seu argumento de que os direitos de propriedade são derivados de direitos naturais fundamentais tem sido usado para justificar tanto sistemas legais que protegem a propriedade privada quanto políticas econômicas que promovem o livre mercado.

Além disso, a ênfase de Locke na relação entre trabalho e propriedade tem relevância contínua em debates contemporâneos sobre a justiça da aquisição e transferência de propriedade. As discussões sobre a justiça distributiva, por exemplo, muitas vezes voltam-se para a noção lockeana de que a propriedade deve ser adquirida

através do trabalho, e que qualquer transferência de propriedade deve ser justificada com base na meritocracia e no esforço individual.

No Brasil, a evolução do conceito de propriedade pode ser vista através das lentes da Constituição Federal e do Código Civil. Enquanto o último se concentra na propriedade tangível, a Constituição adota uma visão mais ampla, reconhecendo formas intangíveis de propriedade e enfatizando sua função social (BRASIL, 1988; MELHEN, 2021). Isso reflete uma compreensão contemporânea que reconhece a propriedade não apenas como um direito individual, mas também como um instrumento para o bem-estar coletivo, uma visão que ganhou destaque especialmente no contexto da economia do conhecimento e da globalização (FARIAS; ROSENVALD, 2020).

Portanto, ao investigar a problemática central de como as transformações histórico-sociais influenciaram a conceituação jurídica e filosófica da propriedade, fica evidente que ela é um conceito dinâmico, moldado por circunstâncias históricas, necessidades sociais e entendimentos filosóficos. Sua percepção como um direito fundamental é o resultado de séculos de evolução, marcados por debates intensos e mudanças paradigmáticas. Compreender essa evolução não é apenas crucial para o direito e a filosofia, mas também para a maneira como as sociedades contemporâneas entendem e valorizam o conceito de propriedade hoje (ZANINI, 2021; SANTOS, 2022).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao mergulhar na complexidade histórica e filosófica da propriedade e sua evolução ao longo do tempo, este estudo buscou responder à problemática central: de que forma as transformações histórico-sociais influenciaram a conceituação jurídica e filosófica da propriedade e sua percepção enquanto direito fundamental? De Roma Antiga à modernidade, a propriedade foi, e continua sendo, mais do que simples posse material. Ela é um reflexo dos valores sociais, das aspirações políticas e dos dilemas filosóficos de cada era.

O primeiro objetivo específico lançou luz sobre a Roma Antiga, onde a propriedade servia como um indicador de cidadania e status. A propriedade na Roma antiga não era apenas um direito, mas uma extensão da identidade política do indivíduo. Ter propriedade significava ter uma voz na res publica, demonstrando como, desde

tempos antigos, o direito à propriedade estava intrinsecamente ligado à participação cívica. A relação entre cidadania e propriedade em Roma estabeleceu um precedente para futuras sociedades, onde a propriedade se tornou sinônimo de autonomia e liberdade política.

Em contraste com a Roma Antiga, a Idade Média e a Revolução Francesa trouxeram uma metamorfose no entendimento da propriedade. A estrutura feudal medieval, onde a terra era central e os direitos sobre ela eram hierarquizados, destacou a propriedade como símbolo de poder e controle. Mas, com a Revolução Francesa e seus ideais iluministas, houve um renascimento do individualismo. A propriedade começou a ser vista não apenas como uma extensão do poder, mas como um direito inalienável de cada indivíduo, ligado à sua dignidade e liberdade.

Ao avaliar o terceiro objetivo, as teorias de justificação da propriedade surgiram como prismas variados através dos quais diferentes sociedades e filósofos tentaram legitimar o direito à propriedade. Seja pela ocupação, trabalho ou pela própria natureza humana, cada teoria reflete as tensões subjacentes entre o individual e o coletivo. A propriedade, em sua essência, é um equilíbrio entre direitos pessoais e responsabilidades sociais. Como a sociedade deve decidir o que é justo? Quais são os limites da aquisição de propriedade? Estas são questões que essas teorias tentam responder, mostrando a complexidade inerente ao conceito de propriedade.

No que diz respeito ao quarto objetivo, a influência de filósofos modernos, particularmente John Locke, não pode ser subestimada. Locke, com sua noção de propriedade adquirida através do trabalho e baseada em direitos naturais, lançou as bases para as concepções liberais contemporâneas. Sua perspectiva influenciou constituições e sistemas jurídicos ao redor do mundo, defendendo a ideia de que a propriedade é tanto um direito quanto uma responsabilidade.

Em última análise, observa-se que a propriedade, em todas as suas facetas, continua sendo uma questão central para a humanidade, e sua exploração contínua é essencial para uma sociedade mais justa e equitativa. A profundidade do tema "propriedade" vai além de sua mera conceptualização material. Em muitos aspectos, ele funciona como um microcosmo das tensões e aspirações humanas, refletindo não apenas desejos individuais, mas também os dilemas coletivos de uma sociedade. Cada era

histórica, conforme explorado neste estudo, trouxe uma reinterpretação do que significa possuir e, mais importante, do que essa posse significa em relação ao indivíduo e à comunidade.

Os debates contemporâneos sobre propriedade estão inevitavelmente enraizados nas concepções anteriores exploradas. A compreensão moderna da propriedade, seja ela tangível como a terra ou intangível como a propriedade intelectual, é um emaranhado composta de fios de diferentes eras - desde o status e cidadania de Roma, passando pelos tumultos da Revolução Francesa, até as teorias filosóficas de Locke e outros.

Mas o que esse emaranhado revela sobre a sociedade contemporânea? Em primeiro lugar, sugere que a propriedade nunca foi, nem nunca será, uma questão simples. É tanto um direito quanto um privilégio, e sua posse traz consigo tanto benefícios como responsabilidades. Este estudo reafirmou que, embora a propriedade possa ser um direito inalienável, ela não é incondicional. As sociedades sempre impuseram limites e condições à propriedade, refletindo a constante busca pelo equilíbrio entre os interesses individuais e o bem comum.

A complexidade inerente à propriedade também sugere que sua gestão e governança requerem um cuidado especial. Em um mundo cada vez mais globalizado e interconectado, as disputas de propriedade não se restringem mais a fronteiras nacionais. Questões de propriedade agora têm implicações internacionais, sejam elas relativas à propriedade da terra, direitos autorais ou até mesmo à propriedade digital. Esse cenário complexo só reforça a importância de estudos como este, que buscam compreender a propriedade em sua totalidade histórica e filosófica.

Contudo, como qualquer empreendimento acadêmico, este estudo não está imune a limitações. O escopo abrangente do tema e a dependência de fontes secundárias podem ter negligenciado nuances importantes ou perspectivas alternativas. A multiplicidade de culturas, tradições jurídicas e contextos históricos significa que a compreensão da propriedade nunca é unidimensional.

As implicações práticas deste estudo são vastas. Para legisladores, oferece uma visão histórica que pode informar políticas mais equitativas. Para acadêmicos, ele ressalta a necessidade de uma abordagem interdisciplinar para entender a propriedade. E para o público em geral, ele destaca a importância da propriedade no tecido da sociedade.

Em termos de pesquisas futuras, há um oceano de possibilidades. Dadas as limitações deste estudo, seria valioso explorar mais a fundo a relação entre propriedade e direitos indígenas ou ambientais. Além disso, em um mundo globalizado, entender como diferentes culturas e tradições jurídicas conceituam a propriedade pode oferecer insights para solucionar disputas transnacionais e promover a justiça.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRAGA, Roberta Chaves. Direito de Propriedade e a Constituição Federal de 1988. Fortaleza Ceará, 2009. Monografia de especialização a Coordenação da Escola Superior da Magistratura - ESMEC, Universidade Vale do Acaraú - UVA. Disponível em: http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Roberta-ChavesBraga.pdf. Acesso em: 10 de outubro de 2023.

BRASIL. **Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 11 janeiro 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 janeiro 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jan. 2023.

COSTA, Cassia Celina Paulo Moreira. **A constitucionalização do direito de propriedade privada.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. [s.l.]: [s.n.], 1789. Disponível em: https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf. Acessado em: 11 de janeiro 2023.

LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano: segundo tratado sobre o governo. **São Paulo: Nova Cultural**, 1991.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.php. Acesso em 09/02/2022.

MARX, Karl. O capital: Crítica da economia política: Livro I: O processo de produção do capital (Vol. 1). **Rio de Janeiro, Brazil: Civilização Brasileira**, 2006.

MELHEN, José Eduardo. **O direito real de laje como instrumento de inclusão social urbana e de acesso à propriedade.** Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente, Universidade de Araraquara, São Paulo, 2021.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; NOGUEIRA, Renata Emanuele Araújo; DANTAS, Stephane Melissa de Souza. **A Teoria De John Locke E O Direito Brasileiro: Um Paralelo Para A Função Social Da Propriedade**. Revista Digital Constituição e Garantia De Direitos. Vol. 11, Nº 2. (2018), 19. ed. Issn 1982-310x. Publicado em: 04/04/2019. Disponível em https:// https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/16342. Acesso em 10/10/2023.

RIOS, Thiago Meneses. **Direito de propriedade, função social e limitações constitucionais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/27032. Acesso em: 6 out. 2023.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Volume único. 9 ed. São Paulo: Método, 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes. 2005.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito Civil**: direito das coisas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CÂMARA NACIONAL DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS – INSTRUMENTO EFICAZ DE GESTÃO DE CONFLITOS EM MATÉRIA DESPORTIVA

PASSOS, Débora[1]
FRANCESCHET, Júlio Cesar[2]
SILVA, Bruna Nascimento[3]
BOMBARDI, João Pedro Lopes[4]

RESUMO

Com a evolução dos métodos adequados de gestão de conflitos no Brasil, em face da necessidade de desafogar o judiciário, o sistema de Multiportas, criado nos Estado Unidos, foi introduzido no Brasil na década de 1990. A ideia metodológica é focada em resolver uma demanda sem precisar recorrer ao judiciário. Dessa forma, são apresentadas várias possibilidades de resolução de conflitos, como a conciliação, mediação e arbitragem. Em razão da intensidade do mercado desportivo e de sua crescente profissionalização, houve a busca de novas alternativas de resolução de conflitos. A legislação brasileira faz a recepção de normas desportivas internacionais, as quais criaram um ordenamento jurídico próprio, fruto do pluralismo jurídico, o qual exige eficiência e agilidade nas decisões, por isso, a resolução extrajudicial mostrou-se uma alternativa extremamente relevante no mundo desportivo, uma vez que traz soluções rápidas e eficazes, possibilitando grande autonomia das partes envolvidas, além de manter o bom relacionamento entre elas. Este artigo analisa a importância da Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD) como uma instituição relevante na solução de conflitos no âmbito desportivo, com ênfase nos contratos de trabalho dos jogadores de futebol. Inicialmente, são explorados os conflitos recorrentes nessa área, abordando os elementos específicos dos contratos trabalhistas que frequentemente geram controvérsias. Em seguida, a CNRD é apresentada como um instrumento eficaz para a gestão desses conflitos, discutindo sua estrutura, funções e exemplos de casos resolvidos. Também são exploradas as limitações e desafios enfrentados pela CNRD, considerando a perspectiva dos diferentes atores envolvidos.

.

Palavras-Chave: Câmara Nacional de Resolução de Disputas; CBF; Contratos; Sistema Alternativo de Resolução de Conflitos; Futebol.

[1] Mestranda em Direito e Gestão de Conflitos. Universidade de Araraquara. dpassos@uniara.edu.br
[2] Doutor em Direito Civil. Universidade de São Paulo. jcfranceschet@uniara.edu.br
[3] Graduanda em Direito. Universidade de Araraquara. bnsilva@uniara.edu.br
[4] Graduando em Direito. Universidade de Araraquara. jplbombardi@uniara.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem como objetivo geral refletir o quanto as soluções de conflitos resolvidas no âmbito extrajudicial são importantes e eficazes.

Inicialmente será abordada a evolução dos métodos adequados de resolução de conflitos no Brasil, chegando ao extrajudicial através do sistema de Multiportas, que nasceu os Estados Unidos e foi introduzido no Brasil na década de 1990. Restará demonstrada a importância dessa escala por ser adequada, célere, transparente, eficaz e econômica, onde os envolvidos podem resolver os conflitos com auxílio de um profissional.

A segunda parte deste artigo iniciará com a abordagem do Contrato Profissional de Trabalho do Atleta do futebol, sua evolução no decorrer dos tempos, levando em conta que o futebol profissional exige muita atenção devido suas amplas e complexas características. A recém aprovada Lei Geral do Esporte rege as regras deste contrato, que também deve seguir os parâmetros estabelecidos pela Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA) e pela Confederação Brasileira de Futebol (CBF).

Serão analisados os métodos de resolução de conflitos no direito desportivo internacional e no Brasil, trazendo a figura do Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), para solução dos conflitos internacionais do esporte. Pela seriedade com que atua, o TAS tem o reconhecimento da comunidade esportiva internacional, especialmente do Comitê Olímpico Internacional, e hoje é reconhecido como a última instância de apelação para partes envolvidas em diversas disputas relacionadas ao esporte, sejam relacionadas aos esportes olímpicos, não olímpicos ou controvérsias de caráter meramente comercial, mas que possuam algum vínculo com o esporte.

Como foco principal, o artigo trará a análise da importância da Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD) como uma instituição relevante na solução de conflitos no âmbito desportivo, com ênfase nos contratos de trabalho dos jogadores de futebol. Inicialmente, são explorados os conflitos recorrentes nessa área, abordando os elementos específicos dos contratos trabalhistas que frequentemente geram controvérsias. Em seguida, a CNRD é apresentada como um instrumento eficaz para a gestão desses conflitos, discutindo sua estrutura, funções e exemplos de casos resolvidos.

As considerações finais demonstrarão o quanto a Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD) é essencial não só para a resolução viável de conflitos trabalhistas dos jogadores profissionais de futebol, mas para todos os outros contratos/conflitos que possam abranger os atores do mundo do futebol como clubes, atletas, intermediários envolvendo possíveis conflitos existentes em registro, mecanismo de solidariedade, com formação de atletas e outros.

A metodologia utilizada foi a pesquisa descritiva. Houve revisão bibliográfica como instrumento de pesquisa, além de pesquisa histórica sobre a evolução dos métodos adequados de resolução de conflitos, do contrato profissional de trabalho do atleta do futebol, das leis que regem o esporte profissional no Brasil, dos institutos responsáveis pelas soluções de conflitos extrajudiciais no futebol internacional e nacional, com foco na Câmara Nacional de Resolução de Conflitos.

2 A EVOLUÇÃO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE GESTÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

O acesso à justiça é garantido pela Constituição Federal de 88 em seu artigo 5°, XXXV. Porém, não podemos interpretá-lo literalmente. Afirmar ao cidadão este direito, significa que o Estado deva garantir o direito às ações judiciais. “O inc. XXXV do art.5° da Constituição Federal deve ser interpretado, não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada” (WATANAKE, 218, P. 21).

Importante ressaltar que, atualmente no Brasil, há a questão da morosidade no sistema judiciário. A demanda social é grande e cada dia necessita de mais celeridade em encontrar soluções para os problemas. Há também uma ideia de resolução do conflito litigante levando em conta o histórico brasileiro econômico colonial com Portugal. Essa questão gerou a consequência de que a sociedade tenha a hesitação e dificuldade em solucionar seus problemas, o que gera uma maior procura do judiciário. (DIAS, OLIVEIRA, 2019)

Uma alternativa que mudou o cenário atual encontra-se na Constituição Federal de 1988 que permite a delegação de atividades do poder público a terceiros. O artigo 236 da Constituição Federal, primeiro parágrafo, explicita que haverá a regulamentação do

estado nas atividades que serão delegadas e que o poder judiciário será responsável pela fiscalização. Essa possibilidade não retira a fé pública das atividades e tem um valor social, visto que possibilita o equilíbrio do poder público e suas demandas. (DIAS, OLIVEIRA, 2019)

O pensamento e a cultura no Brasil que apenas juízes podem tomar decisões ainda são enraizados e há profissionais do judiciário que encontram sérias dificuldades em realizar essas delegações. Entretanto, mesmo com essa percepção, houve modificações legislativas para tornar possível que a atividade seja atribuída a terceiros. (GAJARDONI, 2018)

O sistema de Multiportas auxilia neste sentido, criado nos Estado Unidos e sua vinda para o Brasil é considerada um avanço. A ideia metodológica é focada em resolver uma demanda sem precisar recorrer ao judiciário. Dessa forma, são disponibilizadas várias possibilidades de resolução de conflitos aos envolvidos, surgindo a analogia a várias portas, por esse motivo, o nome da teoria (SALES; SOUZA; 2011). Nasceu na década de 70 nos Estado Unidos pelo professor Frank Sander na Universidade de direito de Harvard, mas apenas nos anos 1990 foi implementado no Brasil. Essa teoria começou a ser usada de maneira mais frequente e as ferramentas mais utilizadas no Brasil foram a conciliação, arbitragem e mediação. A principal diferença entre Mediação e Conciliação é que a Mediação necessita de um mediador neutro, já a Conciliação permite que o conciliador apresente propostas, que cabe às partes aderirem ou não (SALES; SOUZA; 2011).

A partir dessa nova realidade, ocorreram mudanças significativas na legislação brasileira; o Código de Processo Civil de 2015 introduziu no artigo 165 a figura do mediador/conciliador, dando aos mediadores de conflitos a alternativa de atuarem como substitutos do juiz no momento de resolução de conflitos, alcançando o objetivo das demandas. (GAJARDONI, 2018)

Ada Pellegrini Grinover, em artigo intitulado “O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades”, ressalta que: “pode-se falar hoje de um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, formado pela Resolução n. 125 {CNJ}, pelo CPC 2015 e pela lei de mediação {Lei n° 13.140/2015}, naquilo em que não conflitarem”, ampliando suas argumentações em

relação à justiça conciliativa: "Conciliativa, porque todos tendem à conciliação. Justiça, porque perderam sua antiga característica negocial, para se enquadrarem no amplo quadro de política judiciária". (GRINOVER, 2018. p. 49)

A Lei n° 13.140 que foi estabelecida em 2015 inclui a mediação como um dos principais métodos de gestão de conflitos. Seu parágrafo único define a medicação como um ato que não é praticado pelo poder público e sim por terceiros sem poder decisório. Esse ato deve ser imparcial e escolhido pelos envolvidos, visto que, ajuda a entender o problema e propõe soluções. Dessa forma, o mediador é um instrumento de facilitação para resolver o conflito. (BRASIL, 2015)

Segundo Faleiro e colaboradores (2021) o termo "Sistema de Múltiplas Portas" tem um diferencial dos outros meios de resolução e conflitos, pois, com a analogia de oferecer uma porta que é uma solução mais eficiente para a lide. Sendo assim, o autor coloca como "portas" as diversas maneiras de resolução da demanda como a mediação, conciliação e arbitragem, como ferramentas como facilitadores. E a metodologia explica que pela demanda será analisada qual a ferramenta mais adequada para ser aplicada sem ter a necessidade de recorrer ao judiciário (FALEIRO; RESENDE; VEIGA, 2021. p. 288)

Apesar de a Mediação ter sido adotada recentemente na Legislação Brasileira, os estudos acerca do procedimento e suas práticas já são abordados há muito tempo. A doutrina ensina que os métodos de resolução de conflitos, a partir de uma autocomposição entre as partes, acompanham a história, estando presente em diversas culturas antigas.

No Brasil, o CNJ aponta, em seu Guia de Conciliação e Mediação, que os primeiros movimentos se iniciaram a partir da década de 70, com as políticas de ampliação do acesso à Justiça.

O Código de Processo Civil de 2015, regulamentou a mediação no Direito brasileiro. Mudanças significativas ocorreram, pois em seu artigo 3º, inciso 3º, o legislador incentiva a mediação exigindo de todas as figuras jurídicas o seu estímulo colocado as exigências para ser um mediador. Segundo a lei de mediação, o mediador deve ser um terceiro com conhecimento técnico do assunto que será mediado e que seja imparcial. (BRASIL,2015).

Já o segundo parágrafo da Lei 13.140/2015, elenca os princípios necessários para reger a mediação que são: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes,

oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé, que também estão presentes no Código de Processo Civil, no seu art. 166, e estão no art. 1º do Código de Ética dos Mediadores, demonstrando sua importância.

Trata-se de um instituto que busca a solução pacífica de um conflito, procurando alcançar a celeridade, economicidade e eficácia necessárias, sempre usando a transparência com o objetivo de propiciar uma melhor convivência social entre as partes. Neste sentido, importante destacar qual a importância dos princípios da celeridade e economia processual para as demandas desportivas.

Na seara do esporte, o princípio da celeridade tem o intuito de resolver, de forma rápida e eficiente, os conflitos existentes, devendo obter tomadas de decisões rápidas, para que haja a aplicação das penalidades disciplinares devidas e seus procedimentos processuais não comprometam o sistema da justiça desportiva, buscando respeitar o prazo adequado ao caso concreto. Desta forma, o princípio da celeridade estabelece uma conexão com o princípio da economia processual, pois esse busca otimizar os procedimentos processuais, evitando gastos excessivos de recursos e tempo no desenrolar do processo, conforme artigo 2° do Código Brasileiro de Justiça Desportiva.

Após breve relato de como se deu a evolução dos métodos extrajudiciais para a solução de conflitos no Brasil, necessário iniciar a abordagem do contrato profissional de trabalho do atleta de futebol e assim esclarecer quais são as possíveis problemáticas que podem ser encontradas e os caminhos a serem seguidos para que sejam solucionadas.

3 CONTRATO PROFISSIONAL DE TRABALHO DO ATLETA DE FUTEBOL

O acordo celebrado entre o jogador de futebol profissional e o clube é um contrato de trabalho. Segundo a CLT, o contrato de trabalho pode ser expresso, com cláusulas escritas e formalizado por escrito, ou tácito, quando há um acordo implícito entre as partes. No entanto, no caso do contrato de trabalho do atleta de futebol, a legislação exige que seja sempre celebrado por escrito, requisito essencial para a validade do negócio jurídico entre o clube e o jogador, além de que o prazo de vigência do contrato

especial de trabalho do atleta profissional deverá ser determinado, estipulado entre 3 meses e 5 anos, conforme artigo 86 da Lei Geral do Esporte.

Essa exigência tem como finalidade evitar dúvidas sobre as condições estabelecidas e garantir que não haja alterações prejudiciais aos direitos do trabalhador. Dessa forma, a formalização por escrito traz maior segurança e clareza para as partes, estabelecendo de forma transparente os termos e obrigações do contrato. Frisa-se que o contrato especial de trabalho do atleta profissional deverá ser registrado na entidade de administração da respectiva modalidade esportiva.

É evidente que o acordo entre um atleta profissional e um clube se trata de um contrato de prestação de serviço em sentido amplo (*lato sensu*), porém não é regulado pelo direito civil. O contrato de trabalho do atleta profissional possui uma natureza jurídica específica voltada ao esporte, além de estar relacionado ao âmbito trabalhista. Por conseguinte, é regido por uma legislação própria e específica, atualmente a recente Lei n° 14.597/23, conhecida como Lei Geral do Esporte.

Os indivíduos envolvidos na celebração de um contrato de trabalho são empregado e empregador, que, no caso em questão, seriam, respectivamente, o jogador de futebol e clube. O empregador é a pessoa jurídica responsável por admitir, coordenar e remunerar o empregado pelos serviços prestados pessoalmente. Em contrapartida, o empregado refere-se ao atleta profissional que desempenha suas funções para o empregador, de forma subordinada, pessoal e contínua, recebendo salário em troca desses serviços. (VEIGA, 2020)

Este contrato deverá conter: nomes das partes contratantes devidamente individualizadas e caracterizadas; o modo e a forma de remuneração, especificados o salário, os prêmios, as gratificações e, quando houver, as bonificações, bem como o valor das luvas, se previamente convencionadas; o número da CTPS do atleta profissional de futebol; Cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas hipóteses de transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva, no prazo de 30 (trinta) meses; Cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses de rescisão

decorrente do inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora, de rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista, e de dispensa imotivada do atleta. (MARTINS, 2016)

O estabelecimento do vínculo empregatício ocorre quando o contrato especial de trabalho do atleta profissional é celebrado. Em contrapartida, o vínculo desportivo sempre será secundário e acessório em relação ao vínculo de emprego, que é o aspecto principal. Vale mencionar que na Lei n° 6.354/76, essas relações eram invertidas, ou seja, o vínculo desportivo era considerado o aspecto principal, enquanto o vínculo de emprego era secundário. Essa dinâmica foi corrigida pela Lei n° 9.615/98, que estabeleceu de forma adequada que o contrato de trabalho fosse o elemento preponderante. Em outras palavras, se o contrato de trabalho está em vigor, não há necessidade de discutir sobre o vínculo desportivo, uma vez que a relação de subordinação do prestador de serviços já está estabelecida. (VEIGA, 2020)

É importante destacar que tais vínculos citados acima irão, em regra, extinguir-se. A extinção poderá se dar em 4 hipóteses: ao término do prazo de validade do contrato ou mediante acordo mútuo para encerrá-lo; em caso de rescisão devido ao não cumprimento das obrigações salariais ou do contrato de direito de imagem associado a ele, por responsabilidade da organização esportiva empregadora; por rescisão indireta, baseadas na Consolidação das Leis Trabalhistas; pela demissão sem justa causa do atleta, conforme consta no artigo 90 da Lei Geral do Esporte.

Outro elemento a ser abordado no contrato especial de trabalho do atleta profissional é a remuneração do empregado, formada pelo conjunto de contrapartidas recebidas de forma regular pelo atleta em virtude da prestação de seus serviços, seja na forma de dinheiro ou de benefícios e vantagens fornecidos pelo clube. Essas contrapartidas derivam do contrato especial de trabalho e têm como objetivo satisfazer as necessidades básicas do empregado.

A remuneração nada mais é que o vencimento adicional, denominado salário, além das gratificações ou benefícios que são fornecidos por terceiros, denominados gorjetas, igualmente derivados do contrato celebrado. Em suma, o termo “salário” é apenas uma fração da remuneração do atleta profissional, sendo a outra fração as “gorjetas” que o atleta poderá vir a receber.

O salário é a fração mais complexa dessa equação. Isso porque além da quantia fixa previamente acordada, respeitando o salário-mínimo (art. 7°, IV, da Constituição Federal de 1988), também fazem parte do salário as gratificações ajustadas, diárias para viagens, porcentagens, comissões e abonos pagos pelo empregador (art. 457, § 1º, da Consolidação das Leis Trabalhistas).

O atleta profissional de futebol está bem familiarizado com o incentivo conhecido como "luvas", que nada mais é do que o pagamento feito pelo clube ao atleta no momento da formalização do contrato de trabalho, em virtude da assinatura do empregado, fazendo parte da compensação total para fins legais e representam um reconhecimento pelo desempenho e pelos feitos alcançados pelo profissional em sua trajetória profissional.

Outro incentivo bem conhecido na profissão do atleta profissional é o "bicho um bônus concedido aos jogadores em caso de uma simples vitória em jogos difíceis; uma classificação do time para a fase seguinte do campeonato ou uma vaga para um outro campeonato; uma conquista de um título, mediante acordo entre as partes. Tais incentivos integram a remuneração, pois são verbas de natureza salarial. (MARTINS, 2016)

3.1 A Importância dos Métodos Adequados de Gestão de Conflitos em matérias relacionadas ao Contrato Profissional de Trabalho do Atleta de Futebol

A gestão de conflitos desempenha um papel fundamental em matérias relacionadas ao contrato profissional de trabalho do atleta de futebol, que podem ser complexos devido aos interesses divergentes das partes envolvidas, como jogador, clubes, agentes e patrocinadores. Portanto, a aplicação de métodos adequados de gestão de conflitos é crucial para evitar litígios, garantir o cumprimento do contrato e manter a estabilidade nas relações laborais no mundo do futebol. Abaixo estão elencadas algumas razões para destacar a importância desses métodos:

1. Preservação das relações: a gestão adequada de conflitos pode ajudar a preservar relacionamentos de longo prazo entre atletas e clubes, evitando rupturas e litigioso que podem prejudicar as partes.
2. Cumprimento contratual: um contrato bem elaborado estabelece direitos e responsabilidades claros para as partes. No entanto, quando surgem conflitos, é

importante resolver estas questões de acordo com os termos do contrato, garantindo assim o seu cumprimento.

3. Proteção legal: a gestão adequada de conflitos pode ajudar a prevenir problemas jurídicos mais sérios, incluindo negociação de acordos, arbitragem ou mediação para evitar que os litígios cheguem aos tribunais, economizando tempo e recursos.
4. Manutenção da imagem: conflitos públicos podem prejudicar a imagem tanto do atleta quanto do clube como de patrocinadores. A gestão eficaz de conflitos ajuda a evitar que questões privadas se tornem públicas e afetem a reputação das partes envolvidas.
5. Maximização do desempenho: atletas que estão em conflito com seus clubes ou colegas de equipe geralmente têm dificuldades em se concentrar em seu desempenho no campo. A resolução eficaz de conflitos permite que os atletas mantenham o foco em sua carreira esportiva.
6. Sustentabilidade financeira: litígios prolongados podem custar caro e financeiramente serem prejudiciais para todas as partes envolvidas. A gestão eficaz de conflitos pode auxiliar a economizar recursos financeiros preciosos.

Para alcançar uma gestão adequada de conflitos em contratos profissionais de atletas de futebol, é aconselhável considerar a Câmara Nacional de Resolução de Disputas como métodos de resolução de conflitos, oferecendo um ambiente flexível e privado para resolver questões, permitindo que as partes envolvidas cheguem a acordos mutuamente satisfatórios.

Além disso, a prevenção de conflitos é igualmente importante. Isso pode ser alcançado por meio da elaboração de contratos claros, especificando os direitos e deveres de todas as partes, bem como estabelecendo mecanismos de resolução de disputas eficazes desde o início do contrato.

Em resumo, a gestão de conflitos desempenha um papel crucial na preservação de relações saudáveis reprodutivas entre atletas e clubes de futebol, não apenas beneficia as partes envolvidas, mas também contribui para a estabilidade e o sucesso do esporte como um todo

4 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DESPORTIVO INTERNACIONAL E NO BRASIL

A resolução de conflitos no direito desportivo Internacional e no Brasil envolve uma série de métodos e procedimentos que podem variar de acordo com a natureza do conflito, as partes envolvidas e as regras específicas das organizações esportiva. Seguem alguns dos principais métodos de resolução de conflitos utilizados no direito desportivo Internacional e no Brasil:

1. Negociação: a negociação é frequentemente o primeiro passo na resolução de conflitos no direito desportivo. As partes envolvidas tentam chegar a um acordo por meio de discussões e negociações diretas, sem a necessidade de procedimentos formais de resolução de disputas
2. Mediação: envolve a nomeação de um terceiro imparcial, conhecido como mediador, com função de auxiliar as partes a chegarem a um acordo, facilitando a comunicação entre os envolvidos e auxiliando a encontrar soluções aceitas por todos.
3. Arbitragem: é um método comum de resolução de disputas no direito desportivo, onde as partes concordam em submeter o conflito há um árbitro ou uma Câmara de arbitragem independente, cuja decisão é vinculativa.
4. Litígio judicial: as partes podem recorrer aos tribunais nacionais para resolver disputas esportivas. Isso geralmente ocorre quando não há um acordo sobre a jurisdição de arbitragem ou quando as partes não estão satisfeitas com a decisão Arbitral.
5. Comissões disciplinares e órgãos de resolução de disputas esportivas: as organizações esportivas têm suas próprias comissões disciplinares e órgãos de resolução de disputas, responsáveis por lidar com questões disciplinares e disputas relacionadas ao esporte.
6. Jurisdição do Tribunal Arbitral do Esporte: em âmbito Internacional, o TAS desempenha um papel crucial na resolução de disputas esportivas. As partes frequentemente concordam em submeter suas disputas ao TAS como um método de arbitragem especializado.
7. Conciliação: é um processo em que um terceiro imparcial, o conciliador, auxilia

as partes a explorar soluções e chegar a um acordo, mas não toma decisões vinculativas.

8. Direito ao recurso: as organizações esportivas têm instâncias que revisam decisões de comissões disciplinares ou órgãos de resolução de disputas esportivas, atuando como uma segunda instância.

Importante observar que o direito desportivo internacional e as regras específicas das organizações esportivas podem influenciar a escolha do método de resolução de conflitos. Além disso, muitas vezes, as partes envolvidas em disputas esportivas optam por métodos alternativos de resolução de conflitos, devido à sua celeridade e especificidade no contexto esportivo.

4.1 Tribunal Arbitral do Esporte (TAS) ou Corte Arbitral do Esporte (CAS)

O Direito desportivo em âmbito internacional já conclama as formas alternativas de solução de conflitos, utilizando as Câmaras arbitrais do esporte.

O esporte elegeu de maneira internacional a Corte Arbitral do Esporte (*Court of Arbitration for Sports- CAS*), ou, em francês como também é chamada Tribunal Arbitral du Sport (**TAS**), para solução dos conflitos do esporte.

Pela seriedade com que atua, a CAS tem o reconhecimento da comunidade esportiva internacional, especialmente do Comitê Olímpico Internacional, e hoje é reconhecida como a última instância de apelação para partes envolvidas em diversas disputas relacionadas ao desporto, sejam relacionadas aos esportes olímpicos, não olímpicos ou controvérsias de caráter meramente comercial, mas que possuam algum vínculo com o desporto.

Em 1999 a mediação foi introduzida na CAS, sendo regida pelo Regulamento de Mediação do TAS ("Regulamento de Mediação") e pelas Diretrizes de Mediação do TAS, cuja essência está transcrita no Artigo 1º do Regulamento de Mediação: *Controvérsias relacionadas a questões disciplinares, como dopagem, match-fixing e corrupção, são excluídas da Mediação TAS.*

As partes podem escolher livremente e de comum acordo o mediador a partir de uma lista fechada. Porém, caso haja discordância entre as partes, a nomeação caberá ao

Presidente do Conselho Internacional de Arbitragem no Esporte ("ICAS"), órgão supremo da CAS com funções semelhantes a de um Conselho de Administração.

Caso as partes cheguem a um acordo definitivo, este deverá ser redigido pelo mediador e assinado pelos envolvidos. Na hipótese de as partes não atingirem um acordo amigável por meio da mediação, nada impede que se instaure um procedimento arbitral ordinário junto à própria CAS para dirimir a controvérsia, desde que exista uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral entre as partes.

4.2 Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD)

O futebol, esporte mais popular do mundo, revolucionou a cultura mundial, a globalização rompeu todas as fronteiras. Dr. Eduardo Coutinho, em seu livro intitulado "Futebol Globalizado: Paixão de Bilhões, Mercado de Trilhões", dá a definição perfeita, já através do título traz esse contexto demonstrando os efeitos da globalização nas diversas esferas sociais. (COUTINHO FILHO, 2020)

Sabe-se que as relações de trabalho existem há séculos e se misturam com a história. Impossível não pensar em um grupo de pessoas sem pensar em algum tipo de trabalho a ser desenvolvido, mesmo que de forma primitiva. Tais relações enfrentaram várias fases importantes, se destacando com as mudanças ocorridas pelas consequências da Revolução Industrial Inglesa do Século XVIII, onde se alterou a visão do indivíduo em relação ao trabalho. A partir dos Séculos XX e XXI, as relações de trabalho tiveram transformações ainda mais revolucionárias com o crescimento do fenômeno da globalização, inquirindo fronteiras, envolvendo continentes e interligando as diferentes culturas. (NICOLAU, 2018)

Com o crescimento exorbitante da modalidade do futebol, houve a necessidade de criação de um órgão internacional para unificar e regular as regras do futebol, além de organizar os campeonatos internacionais. Assim, em 1904, foi criada a *Fédération Internationale de Football Association*, FIFA, envolvendo as entidades relacionadas ao futebol da França, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Espanha, Suécia e Suíça como filiadas, porém atualmente conta com mais de 200 federações nacionais filiadas, superando o número de países-membros da Organização das Nações Unidas. (COUTINHO FILHO, 2018)

O futebol, com uma velocidade muito acelerada, deixou de ser amador se tornando uma atividade profissional, contando com uma gama de profissionais de múltiplas formações, como médicos, fisioterapeutas, técnicos, preparadores físicos, psicólogos dentre outros. Dessa forma, as relações de trabalho e o futebol convergem. (BARP, 2009)

Fato é que o futebol evoluiu tanto ao longo destes 160 anos (1863 – 2023) que se tornou o esporte mais popular do mundo, atingindo investimentos bilionários que fazem com que a nossa sociedade seja totalmente influenciada pelo futebol. Aliás, para melhor compreensão do motivo deste mercado ser assustadoramente lucrativo e influenciador, basta trazer a análise do principal e mais importante campeonato desse esporte: a Copa do Mundo FIFA, sendo a última sediada no Qatar no ano de 2022. A final desta competição atingiu uma audiência global de 1,5 bilhões de telespectadores. Além de que, entre a final da copa de 2018 e a final da copa de 2022, houve um faturamento de 7,5 bilhões de dólares. (MÁQUINA DO ESPORTE, 2023)

No entanto, o futebol, apesar de sua estrutura e lucratividade, muitas vezes não segue o ritmo do mercado relativamente à organização, segurança jurídica e administrativa. Os limites geográficos do "mundo da bola" encontram riscos diferentes nas fronteiras nacionais. Muitos são os casos em que se confundem o limite entre uma atividade lúdica e uma atividade laboral. (COUTINHO, 2020)

Nesse contexto, surgiu em 08 de junho de 1914 a Federação Brasileira de Sports, primeira entidade nacional de futebol, tendo seu nome alterado em 2016 Confederação Brasileira de Desportos (CBD) e somente em 1979 passou a ser chamada de Confederação Brasileira de Futebol (CBF) com o mesmo objetivo da FIFA em nível nacional, ou seja, organizar as federações e campeonatos nacionais e ser a entidade que representa o Brasil internacionalmente.

Por se tornar um esporte tão popular e cheio de encantos, muitos atletas tentam se profissionalizar no futebol por questões financeiras e não pelo êxito profissional. O jogador tem pressa, se não há estrutura por trás, se perde facilmente e a família exerce um papel fundamental neste momento, ao dar o suporte necessário.

Pela sua popularidade, se tornou um esporte muito rentável. Com isso, os

problemas surgiram entre atletas e outros como clubes, patrocinadores e intermediários devidos das relações entre os envolvidos. Como já devidamente explorado neste estudo, o contrato especial de trabalho do jogador é regido por uma legislação própria e específica, atualmente a recente Lei n° 14.597/23, conhecida como Lei Geral do Esporte, com suas especificidades e pode gerar sérios conflitos entre os envolvidos.

Na década de 1990 a FIFA percebeu que há um sujeito chamado "Agente de Futebol" que estava mudando o mercado, aumentando valores de negociações e consequentemente lucrando; assim cria o 1º Regulamento de Agentes da FIFA, replicado pela CBF que também cria normas próprias, respeitando o conteúdo dos regulamentos impostos pela FIFA. A CBF cria então o Comitê de Resolução de Litígios em 2001 para resolução de disputas entre agentes e atletas de futebol. Em 2015, a FIFA dá às associações nacionais mais liberdade para atuarem nas resoluções de disputas entre atletas de futebol e demais envolvidos e determina que as associações nacionais cuidem de todas as demandas relacionas aos agentes de futebol. determinando que cada associação nacional deve criar sua Câmara Nacional de Resolução de Disputas, com possibilidade de julgar uma série de demandas, entre as quais, o contrato especial de trabalho. Então a CNRD foi criada pela CBF em 2016, em substituição ao Comitê de Resolução de Litígios, porém com outras competências, baseada em novas regras, reestruturando o futebol brasileiro.

Toda estrutura econômica do futebol se baseia em transferência e contrato de atletas, devido à necessidade de obter melhores atletas para fomentar ainda mais o negócio. Para isso, a CBF tem o Regulamento Nacional de Registro e Transferência (RNRTAF) e Regulamento Nacional de Intermediários (RNI); portanto tem o sujeito (RNI) e o objeto que opera este sujeito (RNRTAF). e regulando sujeito e objeto, há a necessidade de criar uma estrutura capaz de fazer com que essas normas sejam observadas, e assim nasce a CNRD que completa esse tripé.

A CNRD é parte de um sistema. O sistema desportivo é a mãe, a CNRD é parte do microssistema do futebol. Quem cuida do jogo jogado são os tribunais desportivos, como o Superior Tribunal de Justiça Desportiva de cada esporte, que trata das questões disciplinares; já a CNRD cuida do jogo negociado, com base estatutária, prevista na CBF

e regulamentação associativa, ou seja, envolve CBF, clubes, atletas, treinadores, intermediários, sendo que cada uma dessas partes têm seus representantes dentro da Câmara, por desenvolverem relações econômicas, exceto a CBF que não pode ter representantes dentro da CNRD para própria proteção do sistema. Os representantes devem trazer segurança jurídica aos envolvidos.

A CNRD busca resolver as questões relacionadas às operações financeiras do futebol, se restringindo a isto. As relações entre jogadores e demais, que envolva valores, são objetos de disputa na CNRD, portanto se limitando à parte contratual do negócio conhecido como futebol. Conclui-se, portanto, que a CNRD trata de questões econômicas, trabalhistas e regulamentos, tendo como competências: transferência e estabilidade contratual; indenização por formação; verbas trabalhistas; desrespeito aos regulamentos; mecanismo de solidariedade; verbas de intermediários; atos de registros.

Dentro dos casos que a CNRD trata atualmente, 9% se referem às verbas trabalhistas, é pouco ainda, mas cresce substancialmente: com menos de 200 casos em 2019, já havia atingido mais de 500 no início 2021. Para que as questões trabalhistas sejam resolvidas dentro da CNRD, as partes devem concordar, é necessário o comum acordo, caso contrário não tem competência para atuar. Deve-se, portanto, conter uma cláusula inserida no contrato de trabalho que as partes concordam, em casos de litígio, que a CNRD seja o órgão atuador para a resolução.

Dos processos trabalhistas, 69% se dão por conta de Cláusulas Compromissórias. Porém, com o surgimento de um litígio, pode-se optar pela CNRD, caso não tenha uma cláusula estipulada em contrato, e duram em média de 1 ano a 2 anos, porém a meta é diminuir para 10 meses.

“A Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD) é um órgão estatutário da Confederação Brasileira de Futebol (CBF). Sua proposta é ser meio alternativo para dirimir os litígios entre os atores do futebol brasileiro.” (FACHADA; BASTOS, 2019) Sua natureza jurídica é um órgão de resolução de disputas do sistema associativo do futebol, de estrutura organizacional independente da CBF.

A CNRD não é um Tribunal Arbitral. Este último é formado por um conjunto de pessoas reunidos para arbitrar uma situação.

O Julgamento se dá por 3 membros, sendo um indicado pela CBF, um pela categoria da parte requerente e outro pela categoria da parte requerida. Os Membros da CNRD terão mandato de dois anos, permitida uma única recondução por dois anos, independentemente de qual seja a entidade indicante, conforme art. 6° do Regulamento da Câmara Nacional de Resolução de Disputas. Suas decisões devem ser fundamentadas e expressas em documentos escritos.

Conforme Resolução CNRD n° 002/2017, que dispõe sobre o Regimento de Custas da CNRD, para iniciar qualquer procedimento perante a entidade, o Requerente deve recolher o montante referente a 2% do valor da causa, podendo ser recolhidas à vista ou parceladas em 30% de entrada e o valor remanescente ser dividido em 5 parcelas mensais iguais, não podendo a instrução processual ser encerrada sem o devido recolhimento.

O procedimento ordinário da CNRD segue o rito do art. 11 do Regulamento da Câmara Nacional de Resolução de Disputas. Deve haver a apresentação de requerimento escrito do Requerente; em seguida o Presidente deve nomear o relator, citando o Requerido para apresentar defesa em 21 dias corridos; caso haja acordo, chega-se ao fim do processo.

A CNRD, por seu exclusivo critério, pode optar pela Instrução probatória, onde pode haver depoimentos pessoais e testemunhais; perícias caso necessário, análise de documentos. Geralmente a CNRD não realiza audiências, exceto quando há a necessita de depoimentos pessoais ou testemunhais e devem ser requeridos pelas partes. Caso contrário, serão analisados os documentos. O ônus da prova é de quem alega, a CNRD pode solicitar provas para qualquer órgão que achar devido, tendo a possibilidade de custódia. Concluída essa fase do processo, as partes são intimadas para apresentarem as alegações finais no prazo de 10 dias corridos.

O Presidente pode optar pela medida de urgência, que ocorre quando há probabilidade de êxito do pedido; perigo de dano *significativo*; e risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Deve-se ponderar o interesse, o prazo para defesa é de 24 horas até 5 dias, inexistindo análise sem contraditório, e é irrecorrível, podendo ser derrubada dentro do próprio processo.

Deve ser confeccionada a Ata de Missão, o documento mais importante do processo, construída em conjunto entre a CNRD e os advogados. Consta partes e procuradores; síntese da disputa; jurisdição e competência; pedidos das partes. A partir disso, define-se a Missão da CNRD e se decide exatamente o que consta da ata, podendo ser incluído somente o que tem relação com o objeto. Deve-se observar a legislação aplicável; definir a composição do painel; comunicação dos atos processuais; sede do procedimento; idiomas dos documentos. O cronograma a ser seguido com base no que as partes decidirem, devendo ocorrer o recolhimento de custas, autorização de publicidade do processo descaracterizada, já que todos os processos são sigilosos, devendo ser publicizados somente com a autorização das partes.

Os possíveis recursos devem ser interpostos ao Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), instituição arbitral independente e imparcial e suas decisões são irrecorríveis. O recurso precisa ser comunicado no prazo de 7 dias à CBMA, porém o prazo para apresentá-lo é de 21 dias a contar da data da decisão. Após apresentação do recurso, o Recorrente deve requerer a juntada de cópia da petição de interposição do recurso e seu devido protocolo, aos autos do procedimento instaurado na CNRD no prazo de 48 horas, sob pena de não reconhecimento do recurso. Todos os prazos são corridos. Se o recurso for contra a imposição de sanções pela CNRD, a CBF deve ser parte recorrida, sem prejuízo das outras.

As sanções variam conforme o sancionado, em geral são: advertência; censura escrita; multa em favor da CBF (violações) multa em favor da parte (descumprimento de decisão); e fixação de prazo para cumprimento da obrigação. As categorias que podem receber sanções são:

Pessoas naturais:

*Bloqueio e repasse de receita ou premiação econômica;

*Devolução de premiação econômica da CBF;

*Bloqueio e repasse de até 10% da remuneração;

*Suspensão por prazo determinado;

*Proibição de atuar em qualquer atividade relacionada ao futebol.

Pessoas jurídicas:

*Bloqueio e repasse de receita ou premiação econômica;

*Devolução de premiação econômica da CBF;

*Proibição de registrar novos atletas (geral ou internacional)

*Suspensão dos efeitos ou cancelamento do CCF;

*Desfiliação ou desvinculação.

Intermediários:

*Proibição de registro de novos contratos de representação;

*Bloqueio e repasse de remuneração até satisfação do débito

*Suspensão do registro na CBF por até 12 meses;

*Cancelamento do registro e proibição de novo registro (até24meses);

*Proibição de exercer a atividade no âmbito da CBF,

4.2.1 Alguns processos solucionados na Câmara Nacional de Resolução de Disputas

Processo CNRD nº 2020/TRB/482

EMENTA: 1. JUSTIÇA GRATUITA NOS PROCEDIMENTOS DA CNRD. AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGULAMENTAR. O art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal estabelece obrigação do Estado brasileiro que não pode ser estendida a órgão privado. RCNRD e Regimento de Custas da CNRD não preveem concessão do benefício. 2. A CRISE FINANCEIRA CAUSADA PELO REBAIXAMENTO DO CLUBE NÃO É JUSTO MOTIVO PARA INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. O clube já tinha ciência de sua condição financeira decorrente de rebaixamento de campeonato quando assinou o contrato objeto da disputa. O rebaixamento é um dos riscos da atividade dos clubes, que devem prever e considerar ao celebrar os contratos no exercício de suas atividades. 3. IMPACTOS DA PANDEMIA SOBRE OS CONTRATOS ASSINADOS ANTES DE SUA ECLOSÃO. INADIMPLEMENTO ANTERIOR AO INÍCIO DA PANDEMIA. O requerido não prova nos autos efetivos prejuízos financeiros decorrentes da paralisação das atividades do futebol e os impactos na sua capacidade de adimplir a obrigação assumida com o requerente. O inadimplemento do contrato objeto do requerimento teve início antes da eclosão da pandemia. Não aplicação do art. 317 do Código Civil ao requerimento. 4. ENVIO DE NOTAS FISCAIS COMO REQUISITO PARA PAGAMENTO. O envio de notas fiscais como etapa prévia ao pagamento obriga o credor a enviá-las para que exija do devedor o adimplemento. A cobrança se torna eficaz com a apresentação das notas fiscais, conforme previsão contratual. 5.

VIOLAÇÃO AO ART. 64 DO RNRTAF. O clube deve provar ter pago às requerentes obrigações assumidas em contrato ou apresentar justo motivo pelo qual inadimpliu as obrigações. Direitos trabalhistas integram as obrigações do contrato e o seu inadimplemento configura violação ao art. 64 do RNRTAF. 6. DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÃO IMEDIATA. Prazo de dez dias para o cumprimento da decisão, conforme o art. 42 do RCNRD. Após o decurso do prazo e a requerimento do credor, a CNRD pode aplicar sanções. Aplicação imediata de sanção negada. 7. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O VALOR DEVIDO. A incidência de juros de mora e correção monetária deriva da lei. Diante da falta de previsão contratual específica, deve-se considerar a incidência de atualização monetária na forma dos arts. 395 e 397 do Código Civil, com base no IPCA e os acréscimos de juros moratórios legais, à taxa de 1% ao mês, na forma do art. 406 do Código Civil.

Processo CNRD nº 2020/TRB/659

EMENTA: 1. VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL. Ausência de comprovação de amizade íntima entre o autor e a testemunha contraditada. Indeferimento da contradita. A amizade íntima que enseja o impedimento ou a suspeição da testemunha deve ultrapassar o convívio social e não pode ser presumida, dependendo de prova robusta, que cabe a quem alega o impedimento ou suspeita produzir. Ausência de provas capazes de para configurar, juridicamente, a amizade íntima que obsta a produção de prova testemunhal isenta de ânimos. 2. FORÇA PROBATÓRIA DO CONTRATO DE TRABALHO NÃO ASSINADO PELAS PARTES. ARTS. 107 DO CÓDIGO CIVIL E 442 DA CLT. ÔNUS PROBATÓRIO. As previsões do contrato de trabalho são corroboradas pelo comportamento das partes, pelas provas documentais e testemunhais e deve ser analisado à luz das provas dos autos, servindo para reforçar e suprir eventuais lacuna deixadas por elas, no que não as confrontar. O clube não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar que os termos do contrato de trabalho não se concretizaram. 3. CONTRATO DE IMAGEM NÃO ASSINADO PELAS PARTES. AUSÊNCIA DE PROVAS DA CONCRETIZAÇÃO DO TERMOS DO CONTRATO DE IMAGEM. O conjunto probatório dos autos não demonstra um comportamento concludente das partes a respeito dos termos do contrato de imagem. 4. JUSTIÇA

GRATUITA NOS PROCEDIMENTOS DA CNRD. Ausência de previsão regulamentar. O RCNRD e o Regimento de Custas da CNRD não preveem concessão do benefício. 5. AUSÊNCIA DE INÉPCIA DA INICIAL. A petição inicial atende os requisitos do art. 11 do RCNRD. Ausência de confusão ou incompatibilidade entre os pedidos. Petição inicial apta a produzir um processo regular. 6. RESCISÃO DO VÍNCULO TRABALHISTA SEM JUSTA CAUSA. Conjunto probatório dos autos que demonstra a dispensa sem justa causa pelo clube. Emissão de guia de seguro desemprego pelo clube corrobora a rescisão sem justa causa. 7. AVISO PRÉVIO INDENIZADO E MULTA CONTRATUAL. As partes estabeleceram o pagamento de multa em caso de rescisão antecipada da relação de trabalho acordada a prazo determinado. Ausência de cláusula assecuratória de direito recíproco de modo ao empregado ter direito ao recebimento das parcelas típicas da rescisão de contratos por prazo indeterminado. Devida a multa contratual pela rescisão antecipada do vínculo trabalhista, Processo CNRD nº 2020/TRB/659, Rel. Alexandre Borba, v.u., j. 15.9.2021. 3 conforme as partes acordaram no contrato de trabalho e corroborado pelas demais provas do processo. 8. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º, DA CLT. Deferida a multa do art. 477, § 8º, da CLT, uma vez que o credor não adimpliu a verbas trabalhistas no prazo de até dez do término do contrato de trabalho. Inobservância do § 6º do art. 477, da CLT. 9. MULTA DE 40% DO FGTS. Rescisão antecipada do contrato de trabalho atrai a aplicação da multa de 40% relativa ao FGTS. Inteligência do art.18, § 1º, da Lei nº 8.036/1990 c/c arts. 9º, § 1º, e 14 do Decreto 99.684/1990. 10. DANOS MORAIS. O dano moral é lesão gravíssima à ordem moral de uma pessoa que legitima a vítima a reclamar indenização pecuniária. O descumprimento contratual discutido tem repercussões próprias previstas. 11. CONSECTÁRIOS DE MORA SOBRE AS VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS. A incidência de juros de mora e correção monetária deriva da lei. Diante da falta de previsão contratual específica, deve-se considerar os acréscimos de juros moratórios legais, à taxa de 1% ao mês, na forma do art. 406 do Código Civil, e atualização monetária com base no IPCA. 12. CONSECTÁRIOS DE MORA SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. A atualização e correção monetária sobre os depósitos em atraso relativos ao FGTS

devem observar o art. 22 da Lei nº 8.036/1990, que prevê a correção monetária pela TR e juros de mora de 0,5% ao mês.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD) tem desempenhado um papel fundamental na resolução de conflitos no campo desportivo que envolve o futebol, proporcionando vários benefícios aos envolvidos no processo. Alguns dos benefícios são:

1. Expertise dos integrantes que julgam com o conhecimento especializado em questões desportivas sendo crucial para uma decisão justa e fundamentada.
2. Confidencialidade do processo: a CNRD oferece um ambiente confidencial para a resolução de disputas, item fundamental para proteger a reputação dos envolvidos, pois muitas vezes atletas e clubes preferem manter questões sensíveis fora dos holofotes públicos.
3. Possibilidade de escolha de um fórum especializado: a CNRD é uma opção de Fórum especializado em matéria desportiva, garantindo que as decisões sejam tomadas por profissionais que compreendem a complexidade do mundo desportivo vivido pelo futebol.

Além desses benefícios, a CNRD oferece a possibilidade de recurso e revisão das decisões o que garante um processo justo e imparcial, apresentando procedimentos mais céleres que os casos julgados em Tribunais de Justiça Trabalhistas.

Conflitos recorrentes na área de contratos de trabalho de jogadores profissionais de futebol são inevitáveis, dado o cenário altamente competitivo e financeiro em que o esporte se encontra. Diversos elementos específicos desses contratos frequentemente geram controvérsias, como questões salariais, transferências, cláusulas contratuais, acordos de rescisão e responsabilidades das partes envolvidas. Esses conflitos podem ser altamente prejudiciais aos jogadores, clubes e até mesmo para a integridade do próprio esporte.

A CNRD se apresenta como um instrumento eficaz para a gestão desses conflitos. Sua estrutura especializada com foco exclusivo em questões esportivas envolvendo atletas do futebol a torna uma opção ideal para a resolução de litígios nesse campo. A CNRD oferece um ambiente imparcial, com especialistas em âmbito

desportivo, o que a diferencia de outros sistemas de resolução de disputas mais tradicionais, proporcionando uma resolução, mas ágil e justa para as partes envolvidas, auxiliando na prevenção de litígios prolongados nos tribunais convencionais e mantendo o foco no esporte.

Além disso, a CNRD já demonstrou sua eficácia na resolução de casos importantes e complexos, garantindo que as partes envolvidas sejam ouvidas e que as decisões sejam justas e equitativas, auxiliando a construir a confiança no sistema e garantir aos jogadores, clubes e demais partes envolvidas no esporte possam buscar soluções justas e rápidas para suas disputas.

No entanto, é importante reconhecer quer a CNRD pode enfrentar limitações e desafios, como questionar a imparcialidade da entidade e execução das decisões, devendo garantir que seus procedimentos sejam transparentes e acessíveis a todos os envolvidos na lide, independentemente de seu tamanho ou o poder econômico.

Em conclusão, a Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD) desempenha um papel fundamental na resolução de conflitos no âmbito do futebol, tendo como um dos focos os contratos de trabalho de jogadores. Sua estrutura especializada e capacidade de fornecer resoluções rápidas e justas contribuem significativamente para a estabilidade e a integridade do esporte. Embora enfrente desafios, a CNRD representa uma ferramenta valiosa para promover o equilíbrio e a justiça nas relações trabalhistas envolvendo jogadores de futebol registrados na Confederação Brasileira de Futebol. Seu contínuo desenvolvimento é aprimoramento são essenciais para garantir que continue a cumprir seu papel de forma eficaz.

REFERÊNCIAS

BARP, Rodrigo. História da globalização do futebol. **Universidade do Futebol**, São Paulo, 25 fev. 2009. Disponível em: https://universidadedofutebol.com.br/historia-da-globalizacao-do-futebol-2/. Acesso em: 20 out. 2023.

BELLOTI, Leonardo Franco et al. A jurisdição da CNRD para julgar litígios trabalhistas de acordo com sua jurisprudência. 2023.

BRASIL. **CNRD**. Disponível em : https://www.cbf.com.br/a-cbf/cnrd/index. Acesso em: 10 out. 2023

BRASIL. Comitê Olímpico Brasileiro. https://www.cob.org.br/pt/cob/confederacoes/cbf/ . Acesso em 20 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 jul. 2023.

BRASIL. **Lei N° 14.597**, de 14 de junho de 2023. Lei Geral do Esporte, Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20232026/2023/Lei/L14597.htm#:~:text=L14597&text=Institui%20a%20Lei%20Geral%20do%20Esporte.&text=Art.,Cultura%20de%20Paz%20no%20Esporte. Acesso em 05 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015.

BRASIL. **Lei Nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação. Brasília, DF, 2015.

BRASIL. **Resolução N° 125**, de 29 de novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 2010.

COUTINHO FILHO, José Eduardo. **Os efeitos da globalização nas relações laborais de futebol e a necessidade e viabilidade de uma regulação de seu mercado global de transferências**. 2020. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/server/api/core/bitstreams/4c7dad91-ac81-4a84-8a73-05c5aa5cafad/content Acesso em 20 out. 2023.

COUTINHO FILHO, José Eduardo. **A proteção dos atletas profissionais de futebol:** liberdade, vinculação e jornada de trabalho. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/server/api/core/bitstreams/4c7dad91-ac81-4a84-8a73-05c5aa5cafad/content Acesso em 20 out. 2023.

COUTINHO FILHO, José Eduardo. **Futebol Globalizado**: Paixão de Bilhões, Mercado de Trilhões. Editora D'Plácido, 2020.

DIAS, Feliciano Alcides; DE OLIVEIRA, Alice Brites Osório. Evolução dos meios adequados de solução dos conflitos aos serviços notariais e de registro. **Direito e Desenvolvimento**, v. 10, n. 1, p. 169-183, 16 jul. 2019. Disponível em: https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/635. Acesso em: 5 out. 2023.

FACHADA, Rafael Terreiro et al. **O exercício da tutela arbitral pela Câmara Nacional de Resolução de Disputas no futebol associado**. 2023. Disponível em:

FACHADA, Rafael T.; BASTOS, Amanda. **O 'comum acordo' e as disputas trabalhistas na CNRD**. JuSportivus - Revista do Grupo de Direito Desportivo da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil - UFRJ, v. 1, p. 31-34, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de Conflitos nos Estados Unidos e no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Processual**, *[S. l.]*, v. 19, n. 3, 2018. DOI: 10.12957/redp.2018.39174. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/39174. Acesso em: 5 out. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro da justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. In: SILVEIRA, João José Custódio da. (org). **Manual de negociação, conciliação, mediação e arbitragem: introdução às soluções adequadas de conflitos**. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 47-68.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direitos Trabalhistas do Atleta Profissional de Futebol**. 2016. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1FShRhuM3CC_pdpD1zBZcjK0ze1w9U1Py/view?pli=1. Acesso em: 06.10.2023

NICOLAU, Jean Eduardo. **Direito internacional privado do esporte**. Editora Quartier Latin do Brasil, 2018.

Redação Máquina do Esporte. **Fifa divulga que final da Copa do Mundo do Catar teve 1,5 bilhão de telespectadores globais**. 2023. Disponível em: https://maquinadoesporte.com.br/midia/fifa-divulga-que-final-da-copa-do-mundo-do-catar-teve-15-bi-de-telespectadores-globais/#:~:text=Twitter%20(%40afa)-,Fifa%20divulga%20que%20final%20da%20Copa%20do%20Mundo%20do%20Catar,5%20bilh%C3%A3o%20de%20telespectadores%20globais&text=A%20vit%C3%B3ria%20da%20Argentina%20sobre,de%20telespectadores%2C%20revelou%20a%20Fifa. Acesso em: 20 out. 2023.

SALES, Lilia Maria de Marais; DE SOUSA, Mariana Almeida. O Sistema de Múltiplas Portas e o judiciário brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça,** *[S. l.]*, v. 5, n. 16, p. 204–220, 2011. DOI: 10.30899/dfj.v5i16.360. Disponível em: https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/360 . Acesso em: 5 out. 2023.

SCHIMIDT, Paulo Marcos. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva**. iBookstore, 2015; VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da. **Manual de Direito do Trabalho Desportivo.** 3ª Edição. São Paulo: LTR, 2020.

WATANABE, Kazuo. Tratamento adequado de conflitos: noções gerais. **Manual de negociação, conciliação, mediação e arbitragem: introdução às soluções adequadas de conflitos**. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 19-26.

IMPACTOS DA BASE DE CÁLCULO INADEQUADA DO ITBI NA ARRECADAÇÃO MUNICIPAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

ANDRIOTI, Jonne Fred[1]
ABRANTKOSKI RISTER, Carla[2]

O imposto de Transmissão de Bens Móveis é recolhido com a venda de um imóvel e as regras dependem tanto da legislação que a institui quanto de leis municipais. Este artigo buscou estudar a revisão de literatura sobre os impactos da base de cálculo inadequada do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) na arrecadação dos tributos municipais e sua função social. O objetivo foi compreender as normas que fundamentam a função social que o município enquanto ente federado e competente a instituir tributos municipais para fins de arrecadação e concretização dos direitos fundamentais. O ITBI é um imposto imobiliário que tem gerado discussão entre a sua incidência do valor venal para fins de base de cálculo em contraste com a realidade da avaliação municipal de imóveis, que apresentam disparidade entre o valor do bem imóvel e a declaração para fins de recolhimentos dos impostos. A divergência de valores entre os valores imobiliários reais e os estabelecidos pela Planta Genérica de Valores (PGV), podem impactar na diminuição de arrecadação dos municípios, e refletir na falta fins econômicos para custear os direitos fundamentais sociais dos cidadãos. Prática que gera prejuízos tanto aos cofres públicos quanto ao cidadão com a ausência de tutela de direitos. Os valores imobiliários de mercado são incongruentes com a Planta Genérica de Valores e a avaliação dos efeitos da arrecadação inadequadas na gestão financeira desses órgãos. É necessário a atualização dos dados municipais com base no georreferenciamento para atualizar a Planta Genérica de Valor e equiparar o valor venal com o valor real dos imóveis, conforme é apresentado no mercado imobiliário a fim de fortalecer a comunicação entre os Ofícios e a Administração Pública, garantindo a transparência e a confiabilidade nas transações imobiliárias.

Palavras – chave: Base de cálculo do ITBI; Arrecadação Municipal; Planta Genérica de Valores (PGV).

[1] Mestrando em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade De Araraquara – UNIARA. E-mail: jfandrioti@gmail.com
[2] Pós-Doutora em Direito Público pela Universidad de Santiago de Compostela - Campus Santiago, USC. E-mail: carlarister@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A transferência de um imóvel no momento da lavratura da Escritura Pública recai o recolhimento do ITBI. A legislação prevê a base de cálculo do valor do imóvel avaliado pela Prefeitura Municipal com base na PGV por meio da instituição do valor venal. Nas práticas da venda de imóveis nos últimos anos tem demonstrado disparidade entre o valor real e o valor avaliado na PGV como base para o cálculo do imposto devido.

A arrecadação dos tributos municipais é justificada na constituição federal de 1988 como meio de cumprir e efetivar direitos fundamentais, sendo competência de os municípios instituir nos parâmetros da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional tributos que são destinados a atividades em benefício dos cidadãos e, com a disparidade entre valor real e valor venal atribuído na avaliação dos imóveis localizados no município os impactos podem gerar prejuízos na promoção desses direitos (Borges, 2023; Medeiros, 2023; Santos, 2023).

Contido na norma, os critérios de avaliação dos imóveis devem fundamentar a base de cálculo respectivamente igualitário aos preços praticados no mercado imobiliário, mas na prática, é comum verificar imóveis de alto valor sendo declarados com valores muito inferiores ao ser real valor, e, ainda mais grave, com a anuência do município que tem por base a PGV desatualizada (Cassattari; Neto; Del Guério, 2023; Lopes; Quevedo, 2023).

Os debates nas pesquisas científicas abordam em regra impostos como IPTU e ISS, sendo o ITBI pouco difundido entre as pesquisas e, dada a sua relevância social, política e econômica, faz-se necessário rever a literatura sobre pesquisas que abordam sobre os impactos que o não recolhimento adequado pode surtir tanto aos cofres públicos quanto a concretização dos direitos básico, equiparando-se ao mínimo existencial dos cidadãos e aqueles preconizados como direitos que estruturam o próprio Estado de Direito.

Objetiva-se com a presente pesquisa, demonstrar os entendimentos e apontar os impactos que pode gerar a desatualização da PGV e o não recolhimento conforme o valor

real nas serventias dos Cartórios de Registro, respectivamente ao ato de venda de imóveis e dada a efetivação da transferência da propriedade.

Previsto no artigo 156, II, da Constituição Federal de 1988, o município enquanto Ente Federado possui a competência para instituir impostos de arrecadação com fins municipais, direcionados a beneficiar os munícipes. No inciso II, prevê quando pode incidir a obrigatoriedade do recolhimento do imposto, sendo nas transações onerosas onde ocorre a transmissão do imóvel, ou seja, no momento em que transfere a propriedade mediante escritura pública, o ITBI é devido (De Lima; Basso, 2023; Moris, 2023; Ribeiro; Nascimento, 2023).

Vale destacar que a Planta Genérica de Valores desatualizada e sem a indicação de valores correspondentes a realidade praticada nos municípios quanto a valoração e preço de mercado imobiliário pode gerar prejuízos irreparáveis pela diminuição dos valores arrecadados e em consequência o município não possui recursos para custear serviços e políticas públicas necessárias aos munícipes.

A realização deste estudo é justificada pela importância do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) como fonte de receita para os municípios. O ITBI é um tributo de competência municipal incidente sobre as transmissões de propriedades imobiliárias, sendo uma das principais fontes de receita tributária para muitos municípios brasileiros. Uma base de cálculo inadequada pode comprometer a arrecadação desse imposto, afetando diretamente o orçamento dos municípios e sua capacidade de investimento em serviços públicos essenciais.

2 PRÁTICAS DO RECOLHIMENTO DO ITBI

A investigação desta pesquisa versa sobre a base de cálculo do ITBI, trazendo conceitos que dão fundamento a incidência tributária e sua base de cálculo baseado na competência municipal para tributar. A síntese inicial trata sobre aspectos essenciais do direito tributário e a instituição do ITBI. São necessários analisar as bases que fundamentam o instituto jurídico, podendo desta forma apontar as características que a compõem e compreender como ocorre na prática a manifestação e incidência do fato

gerador para que a cobrança por parte do município seja legítima.

2.1 DIREITO TRIBUTÁRIO E O IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS (ITBI)

O Direito Tributário possui respaldo na Constituição Federal de 1988, criando a partir dos fundamentos que explicitam e regem os atos da vida civil e o poder e dever do Estado para com os cidadãos. A sistemática do Direito Tributário é atribuída a unicidade de seus fundamentos de composição estatal, sendo um "conjunto de normas que se ocupa da tributação não pode ser separado, de forma estanque, das normas que cuidam da organização do Estado, da Administração Pública, dos orçamentos, da Seguridade Social (...)" (Brazuna, 2021; De Azevedo; Da Silva, 2018; Machado, 2023; Pontalti, 2022).

Em essência, o Direito Tributário, por estudar a ciência que trata de arrecadação, finalidades, meios fiscalizatórios e seu fundamento no "retorno" do montante arrecadatório para fins de efetividade de direitos e de garantias fundamentais essenciais, cria limite quanto a finalidade essencial da incidência de tributos, pois, a finalidade é os benefícios que podem ser instituídos conforme o valor arrecado pelo Ente Estatal, disso, a importância da arrecadação de tributos da forma equiparada ao contexto real.

Os recursos fornecidos ao Estado, por meio da arrecadação dos tributos, possuem um caráter de importância ao cumprimento das finalidades estatais, e, no contexto contemporâneo, a efetivação de direitos fundamentais encontra-se em constante discussão pela insuficiência desses recursos.

Brazuna (2021, p. 10), indica que, por necessitar de meios econômicos para custear as despesas do Estado e manter as suas atividades obrigacionais, se faz necessário a arrecadação fiscal, e esta "é a fonte primária de "custeio de atividades gerais ou específicas exercidas" pelas entidades de direito público".

O pagamento do tributo por parte do agente passivo, o cidadão, remete a uma contraprestação entre o uso de serviços públicos prestados em benefícios dos cidadãos, por isso, a justificativa mais comum do fisco é essas atividades, ou meios em que o Estado age em benefício dos usuários para que tenha o poder de requerer o pagamento de parcela

do montante econômico de propriedade do particular.

Machado (2023, p. 36), destaca que "A finalidade do Direito Tributário, portanto, é a de impor limites à tributação, fazendo com que ela aconteça com amparo em normas pré-estabelecidas, respeitando a igualdade, a capacidade contributiva, a segurança".

Por se tratar de ramo do Direito que visa a especificação das limitações ao Estado ao direito de tributar e primordialmente é embasado na atribuição por meio de normas para a sua atuação, destaca-se que, dentre as finalidades é obrigatório a observância da capacidade contributiva.

> O Direito Tributário é o conjunto de normas jurídicas que disciplina a atividade de tributação, levada a efeito pelo Estado e pelas entidades a ele relacionadas, de forma a que na cobrança de tributos e de penalidades pecuniárias decorrentes da infração a deveres tributários se observem critérios e limites pré-estabelecidos (MACHADO, 2023, p. 36).

Nesse mesmo sentido, quando se fala em tributos, é importante destacar que, no Direito Financeiro, por tratar de questões relacionadas as finanças da administração e a administração dos orçamentos públicos, na contemporaneidade, para além da finalidade apenas arrecadatória para fins econômicos do Estado, prioriza-se a aplicabilidade do direito quanto a buscar por diminuir as desigualdades sociais, obtendo o Estado, caráter social, e não apenas para fins econômicos.

> Atualmente, o tributo pode ser usado como instrumento para a redução das desigualdades sociais e regionais, legitimando-se pela maneira como é aplicado, o que faz indispensáveis, para que se corretamente compreendam as normas de Direito Tributário, mínimas noções a respeito de outras receitas públicas, e, especialmente, do orçamento, da dívida e da despesa pública, matéria disciplinada pelo Direito Financeiro (MACHADO, 2023, p. 450).

Dentre os tributos previstos em lei, no âmbito de competência municipal, o ITBI recai no momento da transmissão de um bem entre vivos, oriundo de uma relação negocial de aquisição do imóvel, envolvendo valor atribuído ao bem, por isso oneroso.

O ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, é classificado como um imposto municipal, descrito no artigo 156, da Constituição Federal de 1988. Segundo Eduardo Sabbag (2021, p. 63), o ITBI "é imposto sobre transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição".

O ITBI possui como fato gerador do tributo a transmissão do bem, e, divide-se em dois elementos: o espacial e o temporal. Para o elemento espacial, são considerados o território do município e a situação do bem, e, o elemento temporal, remete ao momento que ocorre a transmissão ou a cessão de direitos.

O artigo 156, inciso II, § 2º, da Constituição Federal de 1988, dispõe:

> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
> II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;
> § 2º O imposto previsto no inciso II:
> I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;
> II - compete ao Município da situação do bem.

Em conjunto com a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional, preconiza no artigo 35, sobre a definição do ITBI evidenciando o seu fato gerador:

> Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:
> I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;
> II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre

> imóveis, exceto os direitos reais de garantia;
> III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.
> Parágrafo único. Nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários (Brasil, 1988).

A competência para instituir é do município, por meio de legislação complementar, mediante a descrição do artigo 146 da CF/88, determinando quanto ao fato gerador a base de cálculo e quanto aos contribuintes dos impostos, sendo que, o ITBI recai sobre diversas formas de arrecadação *inter vivos*, e, a finalidade essencial da arrecadação é fiscal, para recolhimento a atender aos interesses da Fazenda Pública Borges, 2023; Medeiros, 2023; Santos, 2023).

Na prática, atendendo aos princípios do Direito Tributário e a observância da Constituição Federal, do qual é originário a legalidade do CTN, a legislação Municipal deve condizer aos preceitos constitucionais e trazer a especificação do fato gerador, a sua base de cálculo e formas de incidência por meio de legislação municipal, atendendo aos parâmetros constitucionais.

2.2 DA TRIBUÇÃO MUNICIPAL

O sistema nacional de tributação atende aos dispositivos constitucionais que institui e elegem de forma descentralizada os poderes aos entes federados como autônomos para que possam tributar assuntos de interesse e que atendam a legalidade, conferindo aos municípios a autonomia e competência de tributar sobre ITBI.

Conforme descrito no artigo 145 da Constituição Federal de 1988:

> A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> I - impostos;
> II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
> III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

> § 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.
> § 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos (Brasil, 1988).

Com respaldo na Carta maior, os municípios possuem legitimidade para tributar, desde que atendam aos parâmetros constitucionais, e como meio de arrecadação própria para promover as políticas públicas, os municípios dão entes federados e autônomos, e com base no artigo 156 da CF, possui competência para fazê-lo (Mota, 2023; Ribeiro; Nascimento, 2023; Quevedo, 2023).

Cabe aos municípios a arrecadação e o planejamento que terá por finalidade a arrecadação de impostos sobre as propriedades tanto predial quanto territorial urbana, e para fazer com eficiência, algumas práticas devem ser atualizadas em razão da necessidade de constante adequação as mudanças sociais e da economia, alterando e refletindo a todos.

2.3 BREVE HISTÓRICO ACERCA DO ITBI

O Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) é um tributo municipal que incide sobre a transferência de propriedade de imóveis. Sua história remonta ao início do século XX, quando surgiram as primeiras legislações municipais sobre o tema (Moris, 2018; Ribeiro; Nascimento, 2023).

No Brasil, o ITBI foi instituído pela primeira vez em 1966, através do Decreto-Lei nº 1.876. Esse decreto estabeleceu as regras gerais para a cobrança do imposto, como a base de cálculo, as alíquotas e as formas de pagamento.

Ao longo dos anos, o ITBI passou por diversas alterações, tanto em nível federal quanto municipal. Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, o imposto foi incluído no rol dos tributos de competência municipal, ou seja, apenas os municípios têm

o poder de instituí-lo e regulamentá-lo (Ribeiro; Nascimento, 2023; Soares, 2021).

Cada município brasileiro possui sua própria legislação sobre o ITBI, o que pode gerar diferenças nas alíquotas e nas regras de cobrança. No entanto, de forma geral, o imposto incide sobre o valor venal do imóvel, que é determinado pelo município com base em critérios estabelecidos em lei (Borges, 2023; Quevedo, 2023).

O ITBI é um imposto devido tanto nas transações de compra e venda de imóveis quanto nas doações, permutas, dação em pagamento e outras formas de transferência de propriedade. Sua arrecadação é uma importante fonte de receita para os municípios, sendo utilizada para financiar serviços públicos e investimentos em infraestrutura.

Portanto, o ITBI é um imposto municipal que incide sobre a transferência de propriedade de imóveis. Sua história remonta ao século XX, e ao longo dos anos passou por diversas alterações. Cada município possui sua própria legislação sobre o imposto, que é utilizado para financiar serviços públicos e investimentos municipais (Harada, 2016; Ribeiro; Nascimento, 2023).

2.4 ITBI: CONCEITO, BASE DE CÁLCULO E HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA

O ITBI (Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis) é um imposto municipal que incide sobre a transferência de propriedade de um imóvel. Ele é devido sempre que ocorre uma transação de compra e venda de um imóvel, seja ele um terreno, uma casa, um apartamento, entre outros (Abras, 2023; Mota, 2023; Ribeiro; Nascimento, 2023).

Esse imposto é de competência municipal, ou seja, cada município possui sua própria legislação e alíquota para o ITBI. Geralmente, a alíquota varia entre 2% e 6% do valor venal do imóvel, que é determinado pelo município (Borges, 2023; Quevedo, 2023; Ribeiro; Nascimento, 2023).

O ITBI é de responsabilidade do comprador do imóvel, e o pagamento deve ser feito antes da efetivação da transferência de propriedade. É importante ressaltar que a falta de pagamento desse imposto pode acarretar em problemas legais, como a impossibilidade de registro da escritura do imóvel (Leite, 2023; Neto; Del Guércio, 2023;

Mota, 2023).

Além disso, é necessário realizar o recolhimento do ITBI para que seja possível obter o Habite-se, documento que atesta a regularidade da construção do imóvel perante a prefeitura. Para calcular o valor do ITBI, é necessário multiplicar a alíquota estabelecida pelo município pelo valor venal do imóvel (Mota, 2023; Ribeiro; Nascimento, 2023; Quevedo, 2023).

As hipóteses de incidência do ITBI são as situações em que ocorre a transmissão de propriedade de um imóvel e, portanto, o imposto é devido. Alguns exemplos de hipóteses de incidência do ITBI são: Compra e venda de imóveis: quando ocorre a transferência de propriedade de um imóvel mediante pagamento em dinheiro ou outro tipo de pagamento acordado entre as partes.

Doação de imóveis: quando ocorre a transferência de propriedade de um imóvel de forma gratuita, sem a necessidade de pagamento. Permuta de imóveis: quando ocorre a troca de propriedade de um imóvel por outro imóvel, sem a necessidade de pagamento em dinheiro.

Herança de imóveis: quando ocorre a transferência de propriedade de um imóvel por meio de sucessão hereditária, após o falecimento do proprietário.

É importante ressaltar que cada município pode ter suas próprias regras e exceções em relação ao ITBI, portanto, é fundamental consultar a legislação municipal para obter informações específicas sobre o imposto (Carneiro, 2018; Machado, 2019; Sousa, 2022).

2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

Com igual força de lei, os princípios constitucionais são base estrutural de todo o Estado de Direito. Por meio da observância dos princípios é que os direitos são assegurados em maior conformidade com os fatos sociais, poias apenas a letra fria da lei tornaria os casos abstratos tipificados por elas em desarmonias com a essência das normas e sua eficácia na concretização dos direitos.

Os direitos descritos em abstratos são o direcionamento para a aplicação no

cotidiano e nos conflitos sociais, assim a relação jurídica dos cidadãos para com o Estado advém ser analisados interpretados não somente com base na letra de lei, mas com respaldo a observância dos princípios constitucionais que também estão contidos na própria lei.

Os princípios constitucionais tributários são diretrizes estabelecidas na Constituição Federal que orientam a criação, aplicação e interpretação das normas tributárias no Brasil. Esses princípios têm como objetivo garantir a justiça fiscal, a segurança jurídica e a limitação do poder de tributar do Estado (De Lima; Basso, 2023; Neto; De Carvalho, 2023).

2.5.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade refere a própria estrutura e concepção do Estado de Direito, sem previsão legal não há como requerer direitos e nem mesmo impor meios de punibilidade, pois no Brasil apenas é válido quando a lei tipifica uma conduta ou traz em seu texto direito que reconhece com efeitos jurídicos para a tutela de seus cidadãos (Castro, 2021; Oliveira, 2021; Neto; De Carvalho, 2023).

O princípio a legalidade é previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nesse sentido, com as questões tributárias não são diferentes, pois no artigo 150, “I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” (Brasil, 1988).

Para tanto, a cobrança dos tributos pode ser efetuada desde que sejam previstas em lei e sendo equivalentes aquelas que são definidas como tributos em espécie preconizados pelo Código de Tributário Nacional, sob pena, diante de cobrança de espécie de tributos que não esteja prevista em lei de ser declarada inconstitucional (Moris, 2018; Soares, 2021).

Visto a importância dos princípios, vale destacar que a intenção do legislador foi de limitar o Estado para que não ocorra o abuso ao instituir tributos, devendo sempre agir de forma a executar conforme o previsto em lei e não inovar apenas para fins econômicos mas sim antever e se equiparar as necessidade de planejamento social e econômico

(Machado, 2007, p. 35; Ribeiro; Nascimento, 2023).

2.5.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da igualdade, também conhecido como princípio da isonomia, determina que os contribuintes devem ser tratados de forma igualitária perante a lei, sem qualquer tipo de discriminação ou privilégio. Isso significa que a tributação deve ser feita de forma justa e equitativa, sem favorecer ou prejudicar determinados contribuintes.

O tratamento igualitário é previsto na Constituição Federal e nos aspectos tributários deve considerar o fator de que a contribuição deve ser proporcional a capacidade de contribuição, assim sendo, o cidadão deve pagar os impostos conforme sua capacidade e a igualdade é assegurada quando observada a capacidade contribuitiva do cidadão (Brasil, 1988; De Carvalho, 2023; Mota, 2023; Leite, 2023).

Nesse sentido, o Estado possui limitações e não pode agir com arbitrariedade devendo sempre observar a legalidade e a igualdade entre os contribuintes nas medidas dos parâmetros estabelecidos em lei e agir conforme a validade jurídica reconhecida para essa finalidade (Carneiro, 2018; Moris, 2018; Santana, 2019; Soares, 2021).

A igualdade na concepção de São Thomas de Aquino é considerar que pessoas são diferentes entre si, cada uma possuindo necessidades e características diversas, mas que diante da lei devem ser observadas questões que a tornam diferentes e necessitam de tratamento diferente para que haja a igualdade, ou seja, tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, somente assim poderá haver a igualdade (Moris, 2018; Santana, 2019; Ribeiro; Nascimento, 2023).

> O princípio da isonomia tem de funcionar como norte do modo de agir da interpretação e aplicação da lei tributária porque, além de tudo, está de acordo com a ideia da eficiência. O princípio da eficiência previsto no artigo 37 da CF/88 não é meramente a eficiência econômica, é também eficiência dos princípios e valores constitucionais" (Ribeiro; Nascimento, 2023, p. 456).

Nesse sentido, dada ao valor do imóveis em razão dos elementos que devem ser considerados, a igualdade versa quando o valor recolhido no ITBI é correspondente a avaliar real do imóvel e quando não ocorre a atualização dos valores por meio do georreferenciamento, os dados alimentados no sistema da prefeitura que instituem o valor venal como base de avaliação incorre na desigualdade em razão de não ser eficiente quanto a capacidade contributiva do cidadão (Greco, 2011, p. 354; Carneiro, 2018; Struecker, 2021).

2.5.3 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE

O princípio da irretroatividade estabelece que a lei tributária não pode retroagir para alcançar fatos geradores ocorridos antes de sua vigência. Isso significa que o contribuinte não pode ser surpreendido com a aplicação de uma lei tributária que não estava em vigor no momento em que o fato gerador ocorreu (Couto, 2020; França, 2019; Soares, 2021).

A observância deste princípio assegura a segurança jurídica por não permitir que uma alteração de valores impacte diretamente os cidadãos, devendo apenas ser inserido a partir do momento em que se aprovou alguma norma, e para aqueles que já estavam em andamento não retroage os efeitos normativos (Moris, 2018; Struecker, 2021).

Trata-se de um dos princípios reconhecidos como universais dentro do campo constitucional e tributário. Exalta a segurança jurídica e evita decisões arbitrárias da conduta do fisco, podendo apenas auferir o fato gerador a partir das regras estabelecidas da legislação a partir de sua vigência e atendendo aos prazos previstos no sistema tributário nacional (Carneiro, 2018; Machado, 2007; Soares, 2021;).

2.5.4 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

O princípio da anterioridade determina que a lei que institui ou aumenta um tributo só pode produzir efeitos no exercício financeiro seguinte ao de sua publicação. Isso significa que o contribuinte deve ter conhecimento prévio das obrigações tributárias

que serão impostas a ele, garantindo assim a segurança jurídica e a previsibilidade das obrigações fiscais (Ribeiro; Nascimento, 2023; Struecker, 2021).

Não pode ser instituído um tributo e seus efeitos serem imediatos, a anterioridade assim como os demais princípios limita a ação do Estado de forma arbitrária, devendo apenas ser instituído a sua aplicação no próximo exercício social do ano respectivamente posterior a majoração ou instituição dos tributos, respeitando o prazo nonagesimal, ou seja, noventa dias da data de sua publicação, conforme descrito no art. 150, III, c, da CF/88 (BRASIL, 1988; Ribeiro; Nascimento, 2023; Santana, 2019).

Destaca Hugo de Brito Machado (: "os princípios constitucionais foram construídos para proteger o cidadão contra o Estado, (...) Assim, o princípio da anterioridade, como os demais princípios constitucionais em geral, não impede a vigência imediata de norma mais favorável ao contribuinte. (...)" (Abras, 2022; Machado, 2019, p. 108; Moris, 2018; Ribeiro; Nascimento, 2023).

2.5.5 PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO

O Estado não pode utilizar dos tributos para acumular bens ou riquezas, assim não deve confiscar para si valores oriundos da arrecadação por meio de tributos. A vedação do confisco é descrita na Constituição Federal no artigo 150, IV, da CF/88, estabelecendo que "os tributos não serão utilizados com efeito confiscatório". Esse princípio tem por finalidade manter a ordem tributária, devendo ser cobrado apenas nos limites da norma referente a propriedade privada de bens (Amaro, 2011, p. 168; Carneiro, 2018; Moris, 2018; Soares, 2021; Sabbag, 2010, p.40; Ribeiro; Nascimento, 2023; Struecker, 2021).

2.5.6 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva, mesmo não sendo o único em relevância quanto a sua importância é um dos destacados em todos os debates jurídicos, por sem um fim em si mesmo quando as relações entre o Estado e o cidadão. Mescla com demais

princípios como o da igualdade, pois, conforme descreve o art. 145, §1º, da CF/88, capacidade contributiva correspondem a capacidade econômica do cidadão (Brasil, 1988; Carneiro, 2018; Moris, 2018; Santana, 2019).

Compreende Eduardo Sabbag (2010, p. 36):

> Este subprincípio é nítido corolário ou projeção do postulado da isonomia tributária, deste se avizinhando, visa à consecução do ideal de justiça fiscal ou justiça distributiva – seu elemento axiologicamente justificador, que, conquanto não apareça formalmente escrito no texto da Constituição, depende de uma prática constitucional.

A intenção do legislador foi de não recair aqueles que não possuem condições igualitárias de custear os impostos, pois aqueles que possuem patrimônio ou riqueza podem contribuir mais do que os pouca coisa possui, assim, para evitar que a desigualdade aumente ainda mais, pessoa com maior patrimônio ou condições pessoais irão contribuir conforme suas condições econômicas e assim, os mais desprovidos irão contribuir em menor valor (Sabbag, 2010, p. 36; Ribeiro; Nascimento, 2023).

2.5.7 PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE

Enquanto o princípio da capacidade contributiva versa sobre a pessoa, o princípio da seletividade dispõe sobre o produto. As mercadorias ou serviços devem ser atribuídos na seleção daqueles que possuem maior importância e escassez em razão da necessidade e da exclusividade.

A tributação por meio do princípio da seletividade recairá em razão de produtos considerados como essenciais. Nesse sentido, a ideia lógica é que os serviços essências possuirão menor incidência tributária, enquanto aqueles não tão essencial poderão possuir valores maiores (Oliveira; Lucas, 2021; Soares, 2021).

No caso do ITBI, trata-se de tributo que apenas será incidido no momento da transferência do bem, assim, em razão da onerosidade da propriedade, sendo indispensável que a PGV seja atualizada para fins de contribuição adequada a norma (Lopes, 2023; Quevedo, 2023).

2.6 FATO GERADOR, BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA

O fato gerador do ITBI está previsto no art. 35, do Código Tributário Nacional e o art. 256, II, da CF/1988, dispondo que "o fato gerador do ITBI é a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, e na cessão de direitos a sua aquisição (BRASIL, 1966; Moris, 2018; Ribeiro; Nascimento, 2023; Struecker, 2021).

Ou seja, necessita da transferência de um proprietário para outro não recaindo em casos como de usucapião por exemplo, mas é necessário a compra e venda bem como a onerosidade preconizada nos direitos reais. Vale destacar que: "direito do promitente comprador já está legalmente incluído entre os direitos reais sobre o imóvel", ainda, "não incide sobre as transmissões originárias, como por usucapião ou por acessão" (Abras, 2022; De Oliveira; Lucas, 2021; Alexandre, 2016, P. 591-592).

Nesse sentido, cumpre mencionar sobre a base de cálculo do ITBI. Conforme dispõe o art. 38 do Código Tributário Nacional: "É base de cálculo do ITBI o valor venal dos bens imóveis transmitidos ou direitos reais concedidos. Esse valor atribuído deve condizer com as práticas dos mercados, e que geralmente não é fiscalizado e posto em prática.

Nas avaliações para o recolhimento do imposto, na prática quem informa o valor do imóvel é o próprio dono, sendo uma prática comum em cidades menores. Conforme descreve Ricardo Alexandre "valor venal é o valor de mercado do bem imóvel por natureza ou acessão física" (2016, p. 594). Nesse sentido, a atualização deve ser feita por meio do software disponibilizados pelas prefeituras e esta deve fiscalizar e fazer um levantamento da real situação dos imóveis.

Leciona Eduardo Sabbag (2014, p. 1088), citando Sacha Calmon Navarro: "muitos autores entendem que o lançamento na espécie é por declaração, cabendo ao Fisco, após feita esta, aceitar ou não o valor declarado ou simplesmente aceitá-lo num primeiro momento, cabendo-lhe o direito de exercitar lançamentos suplementares".

Visto que: "O fisco deve buscar a verdade material da base de cálculo do ITBI, não sendo obrigada a aceitar o valor declarado pelo contribuinte, quando este for,

notoriamente, inferior ao de mercado" (Castro; Lustoza; Gouvêa, 2018, p. 981).

Não se busca onerar e expor a elevados valores para justificar a arrecadação municipal, mas sim, apenas atualizar e praticar valores conforme estratégia de avaliação dos imóveis locais (Moris, 2018; Struecker, 2021).

Outro denominador comum são a estipulação das alíquotas do ITBI, devendo ser proporcionais, mediante criação de norma municipal, e, auferida percentual único que deve ser base para o cálculo, podendo variar conforme a legislação de cada município (Ribeiro; Nascimento, 2023).

2.7 A RELAÇÃO ITBI E PLANTA GENÉRICA DE VALORES (PGV)

A relação entre o ITBI (Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis) e a Planta Genérica de Valores (PGV) está relacionada à base de cálculo desse imposto.

O ITBI é um imposto municipal que incide sobre a transferência de propriedade de bens imóveis, como casas, apartamentos, terrenos, entre outros. Ele é devido pelo comprador do imóvel e seu valor é calculado com base no valor venal do imóvel.

O valor venal é o valor de mercado do imóvel, ou seja, o preço pelo qual ele seria vendido em condições normais de mercado. Para determinar o valor venal, muitos municípios utilizam a Planta Genérica de Valores (PGV) (Carneiro, 2018; Moris, 2018; Souza; Santana, 2022).

A PGV é um instrumento utilizado pelos municípios para estabelecer os valores de referência dos imóveis localizados em seu território. Ela é uma tabela que contém os valores médios dos imóveis por metro quadrado, levando em consideração características como localização, tamanho, padrão construtivo, entre outros (Carneiro, 2018; Ribeiro; Nascimento, 2023; Soares, 2021).

Para que o imóvel seja avaliado de forma assertiva é necessário observar alguns critérios como a localização do imóvel no bairro e nas suas redondezas, considerando todos os aspectos que podem influenciar nas questões sociais e econômicas conforme a localização deste (Oliveira; Lucas, 2021; Caldas, 2000; Soares, 2021).

Critérios como o tipo de construção, a topografia, os fatores socioambientais,

além de identificar como o município tributa referente ao recolhimento do ITBI, tais aspectos são critérios que possibilitam para a avaliação e resultado que serão usados como base para o cálculo e recolhimento do tributo

Dessa forma, quando ocorre a transferência de propriedade de um imóvel sujeito ao ITBI, o valor venal desse imóvel é determinado com base na PGV. O município consulta a tabela da PGV e multiplica o valor médio do metro quadrado pelo tamanho do imóvel, obtendo assim o valor venal.

Com o valor venal definido, é aplicada a alíquota do ITBI estabelecida pelo município para calcular o valor do imposto a ser pago pelo comprador do imóvel.

Portanto, a relação entre o ITBI e a PGV está no fato de que a PGV é utilizada como referência para determinar o valor venal do imóvel, que por sua vez é a base de cálculo do ITBI (Carneiro, 2018; Ribeiro; Nascimento, 2023; Soares, 2021).

Nesse sentido, é possível conceituar e identificar a Planta Genérica de Valores como "a representação gráfica ou listagem dos valores genéricos de metro quadrado de terreno ou do imóvel numa mesma data" (Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, 2011, p. 6).

Para que se aufira o valor venal são realizados estudos por meio de satélite que verifica os limites geográficos e alimenta o banco de dados do município onde o imóvel está localizado, sempre atualizando conforme essas pesquisas e após é feito georreferenciamento, contendo as medições das áreas de terrenos construídos, por meio de programas de softwares, servindo como referência aos municípios e atribuição do valor venal (Couto, 2020; Moris, 2018; Struecker, 2021).

Por meio da Planta Genérica de Valores além de ser base para a avaliação dos imóveis é também utilizado como elaboração dos índices de valoração imobiliária, sendo possível que os municípios possuam informações e base para justificar e analisar os mercados e valorização do solo (Oliveira; Lucas, 2021; Caldas, 2000; Soares, 2021).

Visto que a base de incidência da alíquota se dá em razão do valor venal contido na Planta de Genérica de Valores é necessário que a PGV seja atualizada constantemente, pois interfere no valor arrecadado aos cofres dos municípios (Carneiro, 2018; Moris, 2018; Souza; Santana, 2022).

Faz mister salientar que há disparidade na prática cotidiana entre a Planta de Genérica de Valores para a base de incidência de alíquota no Valor Venal para o Recolhimento do ITBI. A disparidade entre a planta de valores, valor venal e recolhimento do ITBI ocorre quando o valor venal atribuído a um imóvel está desatualizado ou não condiz com o valor de mercado. Isso pode resultar em uma diferença significativa entre o valor do imposto calculado com base no valor venal e o valor real da transação (Afonso; Araújo; Nóbrega, 2013; Carneiro, 2018).

Essa disparidade pode gerar problemas tanto para o comprador quanto para o vendedor. O comprador pode ter que pagar um valor de imposto maior do que o esperado, o que pode impactar o seu planejamento financeiro. Já o vendedor pode ter dificuldades em vender o imóvel pelo valor de mercado, já que o valor venal pode ser considerado como referência pelos potenciais compradores (Oliveira; Lucas, 2021; Caldas, 2000; Soares, 2021).

A disparidade entre a planta de valores, valor venal e recolhimento do ITBI é um problema que pode afetar as transações imobiliárias. É importante que os órgãos responsáveis pela elaboração da planta de valores estejam atentos à atualização desses valores, levando em consideração as mudanças do mercado imobiliário. Além disso, é fundamental que compradores e vendedores estejam cientes dessa disparidade e busquem orientação profissional para evitar problemas futuros.

2.8 IMUNIDADE COMO LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR

A imunidade é uma limitação ao poder de tributar do Estado, estabelecida pela Constituição Federal, que impede a incidência de determinados impostos sobre determinadas pessoas, bens, serviços ou atividades. Visa proteger determinados interesses ou atividades consideradas relevantes para a sociedade, garantindo que não sejam oneradas pela carga tributária. Ela é uma forma de limitação ao poder de tributar do Estado, estabelecendo situações em que determinados impostos não podem ser cobrados (Castro, 2021; Oliveira, 2021; Neto; De Carvalho, 2023).

Existem diferentes tipos de imunidade previstos na Constituição Federal, tais

como: Imunidade recíproca: estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem cobrar impostos uns dos outros. Essa imunidade visa garantir a autonomia e a independência dos entes federativos (Borges, 2023; Medeiros, 2023; Sousa, 2022).

A imunidade de templos religiosos: garante que os templos de qualquer culto não sejam tributados, abrangendo o patrimônio, a renda e os serviços relacionados às atividades religiosas (De Lima; Basso, 2023; Moris, 2023; Quevedo, 2023).

Ainda, a imunidade de partidos políticos: assegura que os partidos políticos não sejam tributados sobre o patrimônio, a renda e os serviços relacionados às suas finalidades essenciais.

Outras formas de imunidades como a de instituições de educação e assistência social: prevê que as instituições de educação sem fins lucrativos e as de assistência social não sejam tributadas sobre o patrimônio, a renda e os serviços relacionados às suas finalidades essenciais (Couto, 2020; França, 2019; Soares, 2021).

Importância da imunidade como limitação ao poder de tributar, é quanto a sua fundamentalidade para garantir a preservação de determinados interesses sociais, como a liberdade religiosa, a autonomia dos entes federativos, a promoção da educação e da assistência social, entre outros. Ela evita que essas atividades sejam prejudicadas pela carga tributária, permitindo que elas exerçam suas funções de forma plena (Cassettari; Neto; Del Guércio, 2023; Machado, 2019; Santos, 2023).

Além disso, a imunidade também contribui para a manutenção do equilíbrio fiscal, uma vez que a tributação excessiva sobre determinadas atividades ou bens poderia inviabilizá-los, gerando impactos negativos na economia e na sociedade como um todo (Neto; De Carvalho, 2023; Ribeiro; Nascimento, 2023).

A imunidade como limitação ao poder de tributar é um importante instrumento de proteção de interesses sociais e de garantia de autonomia dos entes federativos. Ela assegura que determinadas pessoas, bens, serviços ou atividades não sejam onerados pela carga tributária, preservando sua relevância e contribuindo para o equilíbrio fiscal (Lopes, 2023; Quevedo, 2023).

A imunidade específica do art. 156, §2º, I, da Constituição Federal de 1988,

refere-se à imunidade tributária dos templos de qualquer culto. Essa imunidade é garantida aos templos de qualquer religião, sejam eles de propriedade da entidade religiosa ou de particulares (Carneiro, 2018; Moris, 2023; Leite, 2023).

De acordo com o dispositivo constitucional mencionado, os templos de qualquer culto são imunes a impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços relacionados às suas finalidades essenciais. Isso significa que essas instituições religiosas não estão sujeitas ao pagamento de impostos como o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) sobre os imóveis utilizados como templos, o IRPJ (Imposto de Renda de Pessoa Jurídica) sobre a renda obtida por meio de atividades religiosas, entre outros (Abras, 2023; Mota, 2023; Soares, 2021; Sousa, 2022).

Essa imunidade tem como objetivo garantir a liberdade religiosa e a separação entre Estado e religião, assegurando que as instituições religiosas possam exercer suas atividades sem interferência do poder público. Além disso, busca-se evitar que o Estado possa utilizar a tributação como forma de cercear ou prejudicar o exercício da liberdade de culto (França, 2019; Ribeiro; Nascimento, 2023).

Vale ressaltar que a imunidade específica dos templos de qualquer culto não abrange outras obrigações tributárias, como contribuições sociais, taxas ou impostos incidentes sobre atividades econômicas realizadas pelas entidades religiosas, desde que não estejam diretamente relacionadas às suas finalidades essenciais (Borges, 2023; Medeiros, 2023; Sousa, 2022).

Contudo, a imunidade específica do art. 156, §2º, I, da Constituição Federal de 1988, garante que os templos de qualquer culto sejam isentos de impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços relacionados às suas finalidades essenciais, assegurando a liberdade religiosa e a separação entre Estado e religião (Borges, 2023; Carneiro, 2018; Ribeiro; Nascimento, 2023).

2.8 IMUNIDADE ESPECÍFICA DO ART. 156, §2º, I, DA CRFB/1988

A imunidade específica do art. 156, §2º, I, da Constituição Federal de 1988,

refere-se à imunidade tributária dos templos de qualquer culto. Essa imunidade é garantida aos templos de qualquer religião, sejam eles de propriedade da entidade religiosa ou de particulares (Abras, 2022; Soares, 2021; Souza; Santana, 2022).

> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:[...]
> II – transmissão 'inter vivos', a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;
> [...] § 2º O imposto previsto no inciso II:
> I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. (BRASIL, [2023]; Couta, 2020; Soares, 2021).

De acordo com o dispositivo constitucional mencionado, os templos de qualquer culto são imunes a impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços relacionados às suas finalidades essenciais. Isso significa que essas instituições religiosas não estão sujeitas ao pagamento de impostos como o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) sobre os imóveis utilizados como templos, o IRPJ (Imposto de Renda de Pessoa Jurídica) sobre a renda obtida por meio de atividades religiosas, entre outros (Ribeiro; Nascimento, 2023; Struecker, 2021).

Essa imunidade tem como objetivo garantir a liberdade religiosa e a separação entre Estado e religião, assegurando que as instituições religiosas possam exercer suas atividades sem interferência do poder público. Além disso, busca-se evitar que o Estado possa utilizar a tributação como forma de cercear ou prejudicar o exercício da liberdade de culto (Carneiro, 2018; Couto, 2020; Neto; De Carvalho, 2023).

Vale ressaltar que a imunidade específica dos templos de qualquer culto não abrange outras obrigações tributárias, como contribuições sociais, taxas ou impostos incidentes sobre atividades econômicas realizadas pelas entidades religiosas, desde que

não estejam diretamente relacionadas às suas finalidades essenciais (Abras, 2022; Soares, 2021; Souza; Santana, 2022).

Em resumo, a imunidade específica do art. 156, §2º, I, da Constituição Federal de 1988, garante que os templos de qualquer culto sejam isentos de impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços relacionados às suas finalidades essenciais, assegurando a liberdade religiosa e a separação entre Estado e religião (Couto, 2020; França, 2019; Soares, 2021).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ITBI vem sendo discutido em razão da ocorrência do fato gerador dada a avaliação com base no valor venal instituído na PGV que se encontra em discrepância com a valorização dos imóveis local.

Verificou-se que a Constituição Federal estabelece a competência de os municípios instituir a base de cálculo que pode ser usada como referência no momento do recolhimento do imposto que se dá na transmissão da propriedade onerosa.

Contudo, a literatura aponta para os critérios de análise e de verificação da exigência de crédito tributário, onde em cada município pode instituir por lei as regras e as alíquotas do percentual a ser cobrado, devendo sempre observar o princípio da isonomia, este que se destaca, pois por vez que não há compatibilidade de valores entre o valor real do imóvel e aquele apresentado na PGV incorre na diferenciação e desigualdade no momento de arrecadação, ferindo o princípio da capacidade contributiva e é dever da administração pública fiscalizar e verificar com a atualização dos dados por meio de georreferenciamento.

REFERÊNCIAS

Associação Brasileiras de Normas Técnicas (2011). NBR 14653 – 2 AVALIAÇÃO DE BENS – PARTE 2 – Imóveis urbanos. Rio de janeiro. ABNT

Andrade, Paulo César Brasileiro de. **Elisão fiscal de pessoas físicas:** uma forma de planejamento tributário. 2023.

Abras, Simone Saraiva de Abreu. **Manifestação 9915697/2022** (Processo SEI 0412112-30.2022. 8.13. 0000) Trata-se de consulta apresentada pela Diretora do Foro da Comarca de Paraguaçu, MMª Juíza de Direito Paula Ozi Silva Rosalin de Oliveira, em solicita orientação sobre a forma de atuação das serventias extrajudiciais, quando da fiscalização do recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis-ITBI, no sentido de cumprir integralmente o que fora decidido no Recurso Especial nº 1.937. 821, pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça. 2022.

Alexandre, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado.** 9. ed. São Paulo: Forense, 2016.

Amaro, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Afonso, J. R. R.; Araújo, E. A.; Nóbrega, M. A. R. **IPTU no Brasil:** um diagnóstico abrangente. Brasília/DF e Rio de Janeiro/RJ: Instituto Brasiliense de Direito Público IDP LTda e FGV Projeto, v. 4, 2013.

Brasil. **Constituição da República Federativa de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abril. 2023.

_____. Lei nº5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacionale Institui Normas Gerais de Direito Tributário aplicáveis a União, Estados e Municípios.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 20abril. 2023.

Borges, Jony Silva. **A interpretação da imunidade ao ITBI após o tema 796 STF**. 2023.

Caldas, Eduardo de Lima. **Revisão da Planta Genérica de Valores.** Dicas: Ideias para ação municipal, São Paulo, AA, n. 150, 2000.

Carneiro, Filipe Lima Rios. O imposto sobre a transmissão de bens imóveis e a sua incidência quando da aquisição de terrenos para construção futura e imóveis na planta no município de belo horizonte. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, v. 4, n. 1, p. 18-33, 2018. Junho de 2018. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/210566871.pdf. Acesso em 16 de agosto de 2023.

Carvalho JR, P. H. B. **O sistema avaliatório municipal de imóveis e a tributação do IPTU no Rio de Janeiro.** 2011. 101 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas – Políticas Públicas) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2011.

CASSETTARI, Christiano; NETO, Arthur Del Guércio; Del Guércio, Lucas Barelli. **Teoria Geral do Direito Notarial e Registral**. Editora Foco, 2023.

Castro, Eduardo M.L. Rodriguesde: Lustoza, Helton Kramer, Gouvêa, Marcus de Freitas. **Tributos em espécie.** 5ª edição. Salvador. JusPodi. 2021.

Conti, José Mauricio. O imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI): Principais Questões. **Artigo Cientifico. Scientia Iuris**, São Paulo, 2001.

Couto, Marcelo de Rezende Campos Marinho. **Usucapião Extrajudicial.** 3. Edição. v.1 – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

De Lima Junior, Francisco Gaspar; Basso, Ana Paula. O planejamento como instituto: o sentido constitucional, tributário e administrativo. **Revista Justiça do Direito**, v. 37, n. 1, p. 90-111, 2023.

De Oliveira, Marluce Reis; Araújo, Sandy Alves; Da Silva, Isadora Margarete Guimarães. **O reflexo da desatualização da planta genérica de valores na arrecadação do ITBI no Município de Porto Velho.** Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, v. 9, n. 5, p. 3156-3177, 2023.

Harada, Kiyoshi. **ITBI Doutrina e Prática.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

França, André Luís Galvão de et al. **Reconhecimento de imunidade do ITBI no munícipio de São Paulo.** 2019.

Greco, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário.** São Paulo: Dialética, 2011, p.354.

Knechtel, Maria do Rosário. **Metodologia da pesquisa em educação:** uma abordagem teórico-prática dialogada. Curitiba: Intersaberes, 2014.

Leite, Geilson Salomão. **Do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis-ITBI: uma homenagem a Professora Maria do Livramento Bezerra**. Editora Dialética, 2023.

Lima Beltrão, Irapuã Gonçalves. ITBI, Momento Da Ocorrência Do Fato Gerador E A Tese Fixada Pelo Supremo Tribunal. **Revista da EMERJ**, v. 23, n. 3, p. 95-109, 2021.

Lopes, Julia Rodrigues. **A incidência do ITBI em integralização de capital, quando a atividade do adquirente é preponderantemente imobiliária**. 2023.

Machado, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. 5. Ed., 2019, p. 108.

Medeiros, Amanda da Rosa. Adjudicação compulsória extrajudicial como forma de regularização imobiliária. 2023.

Mota, Renatto Pereira et al. **A regularização fundiária rural:** aquisição derivada ou originária e a incidência do ITBI para fins registrais no estado do Tocantins. 2023.

Moris, Gustavo Teixeira. **O arquétipo constitucional do ITBI possibilidades jurídicas da sua hipótese de incidência sob a ótica exclusiva da transmissão de bens imóveis.** 2018. Dissertação para título de Mestre em Direito- Universidade Federal da Bahia. Disponível: https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28091. Acesso em 29 de Abr. de 2023.

Neto, Reis; De Carvalho, Raimundo Nonato. **As cláusulas de confissão e renúncia irrevogáveis condicionantes à adesão aos parcelamentos tributários como instrumentos de violação do princípio da legalidade tributária.** 2023.

Oliveira, Matteus Henrique; Lucas, João Victor. O recolhimento do ITBI. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 148, p. 181-194, 2021.

Ribeiro, Bruno; Nascimento, Claudio. A Polêmica em Torno da Imunidade do ITBI: Análise do Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Tema 796 de Repercussão Geral. **Revista Foco**, v. 16, n. 7, p. e2368-e2368, 2023.

Sabbag, Eduardo de Moraes. **Direito Tributário** – Elementos do Direito, v. 3, 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Sababg, Eduardo de Moraes. **Manual do Direito Tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Santana, Larissa Prado. **Aspectos controvertidos da destinação dos valores arrecadados em cartórios extrajudiciais à luz da constituição federal.** 2019. p. 123. Dissertação para título de Mestre em Direito Constitucional- Instituto Brasiliense de

Direito Público – IDP. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2668. 2019.

Santos, Eduardo Halley Gois. **A aplicabilidade da imunidade tributária do ITBI em Holding familiares sem atividade econômica.** 2023.

Soares, Aldina de Carvalho. **Manifestação 5334262** (SEI 0147401-68.2020. 8.13. 0000). Trata-se de expediente encaminhado a esta Casa Correcional por meio do formulário fale com o TJMG Nº 995/2021-CORREGEDORIA/JUIZ AUX. CGJ-PLAN./SEPLAN/GEINF/CORPROT, em que Ligia Teresinha Cortês, por seus advogados, apresenta reclamação em face do Serviço do 3º Registro de Imóveis de Belo Horizonte/MG. Contesta exigências formuladas em nota devolutiva referente ao protocolo 539.676, discordando, em linhas gerais, da apresentação da certidão de ... 2021.

Sousa, Aline Barbosa; De Santana, José Paes. Imposto de Transmissão de Bens Imóveis: Aspectos Controversos. **Direito em Revista-ISSN 2178-0390**, v. 7, n. 7, p. 81-103, 2022.

Struecker, Klaus Almeida. As Divergências Entre Municípios e Contribuintes na Estipulação da Base de Cálculo do ITBI em Imóveis Adquiridos por Meio de Leilões Judiciais e Extrajudiciais. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, v. 7, n. 1, p. 44-59, 2021.

Quevedo, Emelin Melissa Xavier. **Atualização cadastral por georreferenciamento e os reflexos na arrecadação das receitas próprias do município de Santa Maria/RS**. 2023.

O Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) e a gestão de conflitos entre os Estados e contribuintes nos inventários e partilhas extrajudiciais

SERAFIM, Antonio Braide[1]
PEREZ FILHO, Augusto Martinez[2]

O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) é um dos impostos de competência tributária estadual, ao lado do ICMS e do IPVA, sendo responsável por expressiva parte das receitas angariadas. Todavia, tem-se percebido um aumento expressivo de consultores tributários que buscam fazer com que os contribuintes recolham menos de referido imposto aproveitando-se de brechas existentes na legislação. Desde o advento da lei 11.441 de 04/01/2007 foi possível a realização de inventários, partilhas, separações e divórcios através de escritura pública. O que de um lado aliviou o Poder Judiciário de questões que podem ser resolvidas diretamente pelas partes, mas por outro lado, algumas imprecisões na legislação acabaram por abrir mais uma brecha para o planejamento tributário. O presente artigo buscou responder à pergunta: Como diminuir as brechas legislativas que permitem uma evasão fiscal do ITCMD no que diz respeito ao inventário, arrolamento e partilha extrajudicial? Para tanto, houve estudo da função do tabelião no recolhimento do ITCMD, bem como da legislação que estabelece as regras que possibilitam que os atos de inventário e partilha sejam realizados pelo Tabelião de Notas, aprofundando-se na questão da atribuição e competência do Tabelião de Notas para a prática de referidos atos, realizando-se um comparativo com a competência judicial para a realização dos inventários e partilhas, bem como análise das principais discussões relativas à legislação aplicável. O método de pesquisa utilizado foi do tipo dedutivo, com aplicação das técnicas de revisão bibliográfica, estudos da legislação estadual paulista e jurisprudência aplicável. Ao final, concluiu-se que eventual alteração do Código de Processo Civil, estabelecendo-se ao Tabelião de Notas competência (atribuição) territorial para a realização dos inventários e partilhas eliminaria a brecha tributária inaugurada pela lei 11.441/2007. Além disso, contribuiria para melhor gerir conflitos entre os Estados.

.

Palavras-chave: Inventário extrajudicial; ITCMD; Gestão de Conflitos; Alteração legislativa.

[1] Mestrando em Direito pela Universidade de Araraquara - UNIARA, Especialista em Direito de Sucessões e Família pela Faculdade Damásio. Graduado pela PUC/Campinas – Auditor Fiscal do Estado de São Paulo. E-mail: aserafim@uniara.edu.br Orcid: https://orcid.org/0009-0001-6823-9531

[2] Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, Docente Programa de Mestrado Profissional em Direito da Universidade de Araraquara – UNIARA e dos cursos de Direito da Universidade Paulista – UNIP, Faculdades Reges de Ribeirão Preto – REGES e da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. E-mail: amperezfilho@uniara.edu.br
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9659-7689

1 INTRODUÇÃO

O Tabelião de Notas é profissional de direito dotado de fé pública, e seus serviços são destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, nos termos do disposto no artigo 1º da Lei 8.935/1994, que regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre os serviços notariais e de registro.

A atividade do Tabelião é dirigida à consecução do ato notarial, que atua na condição de assessor jurídico das partes, orientado pelos princípios e regras de direito, pela prudência e pelo acautelamento.

Uma das funções do Tabelião de Notas é o aconselhamento jurídico. Ele exerce a função de consultor, dos fatos, atos e negócios jurídicos a serem documentados.

Ademais, no exercício de suas funções, recai sobre este profissional uma série de responsabilidades, civil, administrativa, penal e também tributária.

O conhecimento da legislação sobre o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer bens e direitos (ITCMD) é importante para o Tabelião de Notas, seja para o aconselhamento das partes, seja para evitar responsabilizações.

Esse profissional não é o contribuinte direto de referido tributo. Mas, existem várias obrigações tributárias acessórias, as quais, o Tabelião está vinculado e, cujo descumprimento, pode trazer penalidades. Ademais, a legislação tributária prevê o Tabelião de Notas como sujeito passivo da obrigação tributária no recolhimento do imposto de transmissão, na qualidade de responsável tributário de forma subsidiária.

O presente trabalho propõe, fundamentalmente, discorrer acerca desse imposto de transmissão não onerosa e de que forma a possibilidade da realização de inventários e partilhas extrajudiciais contribuiu para que mais uma brecha de planejamento tributário tenha aparecido, propondo ao final solução.

No que concerne à segurança jurídica e à função do notário na arrecadação dos tributos, o tabelião atua em duas faces: a particular e a pública. A segurança a buscar é para as partes, para a sociedade e para o Estado. Essa segurança é instrumental, ou seja, o notário não responde pelo fracasso de um negócio, tampouco fiscaliza tributos devidos por outros atos extranotariais anteriores, presentes ou futuros. A cognição notarial é concentrada e limitada ao ato ou negócio que formaliza.

Frise-se, portanto, que se busca com esse trabalho auxiliar no aperfeiçoamento da legislação que autoriza o Tabelião de Notas a realizar inventários e partilhas. A fim de que seja feita uma reflexão sobre a necessidade ou não de uma maior delimitação territorial da atribuição dada a esse profissional.

Conforme foi analisado, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 155, parágrafo primeiro, inciso II que compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento o imposto relativo aos bens móveis. O Código de Processo Civil, em seu artigo 48, estabelece qual é o foro competente para o inventário e partilha, de maneira que não permite que o contribuinte possa escolher em que Estado irá processar o inventário judicial.

O mesmo não ocorre com os inventários extrajudiciais que na dicção da atual legislação pode ser realizado por qualquer Tabelião de Notas do país, permitindo com que o herdeiro/legatário escolha para qual Estado irá recolher o imposto de transmissão relativo aos bens móveis, abrindo-se uma enorme brecha para o planejamento tributário, a evasão fiscal, contribuindo para um aumento de conflitos entre os Estados. A guerra fiscal entre os Estados tão conhecida no ICMS expande-se para mais este imposto estadual.

O tabelião é responsável pela fiscalização do recolhimento do tributo, arquivando a certidão ou outro documento emitido pelo fisco, fazendo expressa indicação a respeito na escritura pública.

O Fisco tem forçado os Tabeliães a atuarem como verdadeiros Auditores Fiscais, exigindo, inclusive, que verifiquem de forma aprofundada a base de cálculo de referido tributo.

A lei 8935/94 faculta às partes a escolha do Tabelião de Notas, independentemente do domicílio das mesmas ou do lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio jurídico. E, na prática, tem ocorrido um planejamento tributário na escolha do Estado para realização do inventário extrajudicial.

Servem estes comentários iniciais apenas para fomentar a discussão acerca da necessidade de um entendimento amplo não somente do que venha a ser o ITCMD, mas também da atribuição do notário na realização dos inventários extrajudiciais e na

discussão da responsabilidade do Tabelião de Notas, na verificação do recolhimento desse tributo.

Não há como efetuar o estudo da legislação ITCMD, sem contextualizá-la, a partir da previsão constitucional da incidência deste tributo.

Dessa forma, é importante frisar que, nos termos do artigo 155 da Constituição Federal "compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos.".

A Carta Magna, a fim de eliminar conflitos de competências entre os Estados (Distrito Federal), evitando-se também a possibilidade da bitributação, estabelece, com relação aos bens imóveis e móveis, a que Estado (Distrito Federal) cabe o recebimento do tributo.

No caso dos bens imóveis e seus direitos, a competência para a instituição do imposto, por previsão constitucional, é a do Estado da situação do bem transmitido.

Diferentemente, no caso de bens móveis, títulos e créditos, o critério da competência é o do Estado (Distrito Federal) em que se processar o inventário e arrolamento, ou tiver domicílio o doador.

Ademais, o constituinte estabeleceu em seu artigo 146 que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. Não foi editada até o presente momento uma lei complementar específica para o ITCMD, no entanto, o Código Tributário Nacional dispõe sobre vários institutos que são aplicáveis ao ITCMD, inclusive sobre a questão da responsabilidade subsidiária dos Tabeliães de Notas.

Por ter sido referido Código, recepcionado com eficácia de lei complementar, suas disposições que não contrariam a Constituição Federal, devem ser respeitadas pela legislação paulista.

Por previsão constitucional foi editada a Resolução número 9/1992 do Senado Federal que fixou a alíquota máxima do ITCMD em oito por cento. Dessa forma, os Estados (Distrito federal) estão sujeitos a este limite máximo.

Ademais, deve a legislação estadual obedecer aos princípios constitucionais tributários, tais como os princípios da legalidade, anterioridade.

A elisão fiscal, maneira de se pagar menos tributos de forma legal, é legitima e deve ser buscada pelos contribuintes. O planejamento sucessório passa, indubitavelmente, pela análise de tão importante tributo.

Conforme se percebe ao longo desse trabalho, a legislação que autorizou o inventário e partilha extrajudicial contém imperfeição que acaba por trazer dificuldades para o Fisco efetuar a arrecadação de referido tributo.

Foi demonstrado neste estudo o importante papel que o Tabelião exerce no desafogamento do Poder Judiciário e no auxílio da arrecadação do ITCMD, mas que lacuna legislativa deve ser consertada a fim de se evitar a evasão fiscal.

Conhecer a legislação que autoriza os inventários extrajudiciais e principalmente a sua imperfeição foi um dos objetivos principais desse trabalho, buscando dar suporte para que se busque melhorar a legislação, evitando-se planejamentos tributários abusivos.

O presente estudo, a partir de uma análise minuciosa da legislação dos notários, do ITCMD e das regras do inventário extrajudicial, verificou a existência de lacuna legal que permite ao contribuinte escolher o melhor Estado para o pagamento do tributo, gerando perda de arrecadação e conflitos entre os Estados.

Além de gerar situações de desigualdades no tratamento dos contribuintes, privilegiando os que buscam as consultorias para o pagamento de menos imposto e prejudicando justamente os contribuintes que têm menos acesso a estes profissionais, geralmente os mais pobres.

O ITCMD é um tributo que incide sobre a coisa e, portanto, não possui a aptidão da aplicação do princípio da capacidade contributiva. No entanto, o que se percebeu é que em função da defeituosa legislação o ITCMD, deixa de ser um imposto neutro e acaba por se transformar em um imposto regressivo, fazendo com que, justamente os que menos podem, acabem pagando mais ITCMD (proporcionalmente) que os contribuintes com maior capacidade contributiva e maior acesso à justiça.

O presente trabalho em um primeiro momento abordou a participação do tabelião nos fatos geradores do ITCMD, com enfoque para os a sucessão “causa mortis”. Depois analisou a questão da responsabilidade do Tabelião no recolhimento do ITCMD pautando-se em leis gerais e adotando como modelo especifico a legislação do Estado de São Paulo. Por fim analisou a questão do tratamento diferenciado relativo ao foro de

competência para os inventários judiciais e à atribuição dos notários de realizarem as escrituras de inventário e partilha.

A presente pesquisa adotou como objetivo a investigação de possíveis aperfeiçoamentos na legislação dos inventários e partilhas extrajudiciais, dessa forma concentrou-se na revisão bibliográfica, com base na literatura existente, por meio de legislações relevantes sobre inventários e partilhas e sobre ITCMD e aprofundando-se na questão da atribuição territorial do Tabelião para a realização de referida escritura de inventário.

3. DISCUSSÃO E RESULTADOS

3.1 Dos atos notariais sujeitos ao recolhimento do ITCMD

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza estabelece que "atua o tabelião de notas preventivamente, evitando litígios com a sua orientação e lavratura dos adequados instrumentos, e também participa da solução de conflitos já instaurados, que admitem composição na via extrajudicial"

A lei 8.935/1994 estabelece os atos que os Tabeliães de Notas podem realizar. Estes se dividem em atos notariais e atos extranotariais. Os primeiros são de dois tipos, quais sejam as atas notariais (autenticações, reconhecimento de firma, atas notariais stricto sensu) e as escrituras públicas (procurações, escrituras negociais e testamentos)3.

São as escrituras públicas os atos notariais sobre os quais pode ocorrer a incidência do imposto de transmissão estadual.

Os atos extranotariais são aqueles nos quais o tabelião produz ações além das notariais. Os autores Paulo Roberto Gaiger Ferreira e Felipe Leonardo Rodrigues enumeram entre esses atos o:

> pagamento de tributos, em especial o ITBI e o ITCMD, em face das Fazendas municipal ou estadual. Neste caso, é bom salientar que o tabelião jamais deve adiantar tais despesas, pois corre o risco de não ser ressarcido e age de forma antiética.

Dessa forma, é com a realização de alguns tipos de escrituras públicas que o Tabelião de Notas deve se atentar com relação ao recolhimento do ITCMD.

Conforme estabelece o artigo segundo da lei paulista n.º 10.705/2000, são fatos geradores do ITCMD a transmissão de qualquer bem ou direito havido por sucessão legitima ou testamentária, inclusive sucessão provisória e por doação.

Percebe-se, portanto, a importância do estudo da incidência o ITCMD nas escrituras de doações e inventários e até mesmo de divórcio.

Portanto, em todas estas transmissões não onerosas deve o tabelião zeloso verificar a necessidade do recolhimento do ITCMD, aferindo não somente o aspecto quantitativo do tributo (sua base de cálculo e alíquota), mas também o aspecto pessoal (a qual Estado deve ser pago), aspecto temporal (qual a lei aplicável), quais os prazos devem ser respeitados, e quais as obrigações acessórias deve cumprir (entrega de declaração de ITCMD, encaminhamento de escritura para Secretaria da Fazenda etc.).

Algumas Corregedorias Gerais Estaduais da Justiça, em suas normas, estabelecem expressamente obrigações a que devem estar sujeitos os tabeliães na prática desses atos notariais.

Assim o fazem as Normas de Serviços da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (NSCGJ) reproduz determinação da Portaria da Coordenação da Administração Tributária do Estado de São Paulo exigindo que o tabelião de notas envie à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo as informações relativas às escrituras públicas que tenham por objeto transmissão causa mortis ou doação de bens ou direitos realizada no âmbito administrativo, com observação dos termos, da forma e dos prazos estabelecidos.

Também há previsão nas NSCGJ de São Paulo acerca da necessidade do Tabelião de Notas manter arquivado comprovante ou cópia autenticada da guia de pagamento de referido tributo, bem como das comunicações realizadas para as Secretarias das Fazendas Estaduais.

Para todas as escrituras realizadas pelo Tabelião de Notas é necessária a menção de que houve o cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato.

Dessa forma, no caso de uma escritura de doação, deve ser mencionado no corpo dela que houve o recolhimento do ITCMD ou de que existe alguma hipótese de isenção, não incidência ou imunidade para o seu não recolhimento.

Estas previsões nas NSCGJ de São Paulo acabam por vincular ainda mais o Tabelião às normativas da Secretaria da Fazenda, uma vez que a lei que regulamenta os serviços notariais (Lei 8935/94) prevê infrações disciplinares para os Tabeliães que não observem as prescrições legais ou normativas, bem como para aqueles que não fiscalizarem o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar4.

Trata-se da responsabilidade administrativa que pode levar o Tabelião de Notas a uma pena de repreensão até a perda da delegação.

Feitas estas considerações, passa-se ao estudo da transmissão causa mortis, para que seja analisado com base nesse estudo seja proposta alteração na lei que autoriza o Tabelião realizar inventário através de escritura pública.

3.2 Da transmissão "causa mortis"

A sucessão legítima ou testamentária é fato gerador do ITCMD, inclusive a provisória. A provisória ocorre nos casos de ausência declarada e a lei paulista prevê a restituição do imposto recolhido no caso de aparecimento do ausente.

Até o advento da lei 11.441/07, referido imposto de transmissão causa mortis era de quase nenhuma aplicabilidade na função do Tabelião de Notas. Com a desjudicialização dos inventários, partilhas e adjudicação a incidência dos atos notariais sujeitos a referido imposto tomou uma relevância enorme. Atualmente o número de inventários realizados através de escrituras públicas está entre um dos principais atos realizados pelo Tabelião.

Para regulamentar os inventários extrajudiciais, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 35/2007. As NSCGJ de São Paulo possuem subseção específica para as disposições referentes ao inventário. Isto tudo para demonstrar o tamanho da importância de referidos atos notariais.

Referidas normas regulam, também, a questão do imposto de transmissão causa mortis. Ficou determinado, por exemplo, que o Tabelião não pode realizar a lavratura da escritura de inventário, sem o recolhimento do ITCMD, bem como deve o Tabelião de notas observar todas as obrigações acessórias, previstas nas normas emanadas do Estado de São Paulo.

Ou seja, para cumprir as Portarias do Coordenador da Administração Tributária e demais normas emanadas da Fazenda Estadual sobre o ITCMD, deve o Tabelião estar atento à toda esta legislação paulista. Portanto, o conhecimento da legislação do imposto de transmissão causa mortis passou ser muito relevante para as atividades do notário.

Ademais, o Tabelião está obrigado a arquivar certidão ou outro documento emitido pelo fisco que comprove o recolhimento do tributo, com menção na escritura. Também, o traslado da escritura pública deverá ser instruído com guia de recolhimento do ITCMD.

Feitas estas considerações preliminares, serão analisadas em quais situações existe previsão legal para a lavratura dos inventários de partilha e adjudicação por escritura pública, pois são nestes atos notariais é que ocorrerá a incidência do ITCMD.

O artigo 610 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece como requisitos para a lavratura do inventário extrajudicial, a capacidade de todos os interessados, bem como que todos estejam concordes e a inexistência de testamento. O menor emancipado é capaz, e, portanto, não obsta a realização do inventário extrajudicial. Caso o companheiro seja o único sucessor, não será possível a realização de referido inventário.

As NSCGJ/SP preveem, ainda, a possibilidade de inventário, cujo autor da herança tenha deixado testamento, desde que haja expressa autorização do juízo sucessório, nos autos do procedimento de abertura e cumprimento de testamento.

Nos casos de testamento revogado ou caduco, ou invalidado definitivamente judicialmente, preenchidos os demais requisitos e não havendo nenhuma declaração irrevogável, também será possível a realização de inventário por escritura pública.

Diante do exposto, houve uma ampliação ainda maior dos atos notariais que os Tabeliães de Notas estão autorizados a realizar.

Sobre o fideicomisso, por expressa determinação legal, também incide o ITCMD causa mortis.

As escrituras de inventário possuem uma peculiaridade que deve ser observada pelos Tabeliães de Notas. A legislação aplicável para fins de se aferir a legitimidade para herdar é a da época da abertura da sucessão. Dessa forma, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, em 11 de janeiro de 2003, aplicava-se o Código Civil de 1916.

A diferença é enorme, pois as regras da sucessão legítima foram alteradas consideravelmente. Assim, caso o autor da herança tenha falecido no dia 09 de janeiro de 2003, a sucessão legítima estará sujeita às regras estabelecidas no Código Civil de 1916. Se o falecimento ocorreu em 11 de janeiro de 2003, passa-se a aplicar as regras da legitima do atual Código Civil.

E para piorar, a redação do artigo 1.829, inciso I do Código Civil atual, gerou muitas maneiras de interpretação, tendo julgados posicionando-se das mais diversas formas, inclusive no Superior Tribunal de Justiça. A questão central na interpretação desse dispositivo legal é a delimitação de em quais situações herdaria o cônjuge em concorrência com os descendentes. Atualmente a corrente majoritária é no sentido de que o cônjuge herda sobre os bens que não tem direito à meação.

A partilha que for realizada de forma diferente da preconizada pela lei, e pelo testador, conforme o caso, em princípio, terá como consequência o excesso de quinhão ou meação que é fato gerador do ITCMD doação.

E o Tabelião de Notas deve estar atendo a estas questões, pois, como se verá em capítulo próprio, o fisco paulista não tem poupado estes profissionais na responsabilização tributária.

Dessa forma, a seguir serão tecidas algumas considerações sobre a ordem da vocação hereditária prevista no Código Civil de 2002, tendo em vista as grandes polêmicas geradas em torno dos dispositivos legais que a disciplinou e os seus impactos no cálculo do ITCMD.

3.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUCESSÃO LEGÍTIMA

Preliminarmente, cabe ressaltar que, no processo de inventário judicial, a questão do recolhimento do ITCMD é mais tranquila, pois uma vez fixada a interpretação do Juiz sobre o dispositivo legal, a Fazenda Pública está vinculada a esta decisão judicial, não podendo interpretar de maneira diversa da estabelecida pelo Juiz.

Mas, nos inventários realizados através de escritura pública, a Fazenda Pública pode entender que partilha não obedeceu a ordem de vocação hereditária e cobrar ITCMD por eventual excesso de meação ou herança.

Para os óbitos ocorridos até 10 de janeiro de 2003, aplicam-se as regras da sucessão legítima estabelecida no Código Civil de 1916. O artigo 1603 de referido Código estabeleceu a seguinte ordem, descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais e Município, Distrito Federal ou União.

Não há polemica quando à aplicação desse dispositivo legal, de maneira que óbitos ocorridos até 10 de janeiro de 2003 não trazem grandes problemáticas para o Tabelião.

No entanto, o Código Civil de 2002 inovou colocando o cônjuge sobrevivente como concorrente dos descendentes ou ascendentes, conforme o caso. E conforme preceitua Mauro Antonini, "em relação à ordem de vocação hereditária a questão que tem suscitado as maiores dificuldades interpretativas, sem dúvida, é a concorrência do cônjuge com os descendentes, na dependência da modalidade de regime de bens de casamento"

Prevalece hoje o entendimento de que o cônjuge herda sobre os bens que não teve direito à meação. E esta têm sido a forma como o Fisco Paulista tem interpretado referido dispositivo legal para os casos de inventários realizado através de escritura pública.

Em não havendo descendentes, os ascendentes herdarão em concorrência com o cônjuge sobrevivente. E na inexistência de ascendentes e descendentes o legitimado a herdar será o cônjuge, sem concorrência alguma. E na falta de todos aqueles, herdam os colaterais.

De se ressaltar, conforme se verá a seguir que essas regras se aplicam também para os companheiros, uma vez que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil. No entanto, no caso de não existir somente companheiro legitimado a herdar, o inventário, em regra, não poderá ser realizado por escritura pública, a fim de se evitar eventuais fraudes. Essa diferenciação se justifica tendo em vista o caráter solene do casamento.

Deve o Tabelião, assim como as partes e o advogado que assiste ao ato estarem atentos quanto à data do óbito, pois duas são as consequências que podem levar a erro. A

primeira é a relativa à qual deva ser a legislação tributária aplicável e a segunda diz respeito à qual a regra de sucessão legítima ser aplicada, se a do Código Civil de 1916 ou a do Código Civil de 2002.

Se na partilha de um inventário extrajudicial, num óbito ocorrido em dez de janeiro de 2003, for aplicada a regra da sucessão legítima do código civil de 2002 a distorção pode ser enorme.

Como sabido, as partes de forma consensual, numa escritura de inventário em que todos necessariamente são capazes, podem partilhar os bens da forma como quiserem. No entanto, é a partir da partilha ideal, qual seja, aquela estabelecida de acordo com os percentuais previstos em lei é que o Fisco poderá aferir a eventual ocorrência do excesso de meação, cobrando também o imposto de transmissão por doação, além do causa mortis..

O único filho querendo que sua mãe não ficasse desguarnecida, e receoso de sua esposa, ao efetuar a escritura de inventário de seu falecido pai, ocorrido em dez de janeiro de 2003, solicita que os imóveis deixados por seu pai e que eram frutos de uma doação recebida de sua vó, sejam partilhados entre ele e sua mãe. Sua mãe era casada em comunhão parcial de bens com seu pai.

Tivesse o óbito ocorrido em 12 de janeiro de 2003, essa seria exatamente a regra a ser adotada de acordo com a vocação hereditária prevista nos artigos 1829 e 1832 do Código Civil de 2002. Ocorre que a lei aplicável a este caso é a do Código Civil de 1916, que, conforme visto anteriormente, legitima a suceder em cem por cento da herança o filho.

Se aplicado o Código Civil errado, a consequência será a falta de pagamento do ITCMD. Isso porque para a mãe receber cinquenta por cento do patrimônio, primeiro o filho deveria recolher ITCMD causa mortis sobre a base de cálculo de cem por cento dos bens e depois a mãe deveria efetuar o recolhimento do imposto sobre o montante dos bens que recebeu a título de ITCMD na modalidade doação.

Caso o Fisco, verifique a ocorrência de uma situação como esta, notificará para cobrança do valor não pago, e, caso não receba, lavrará Auto Infração e Imposição de Multa, colocando como responsável o Tabelião de Notas que agiu de forma negligente.

3.4 Considerações sobre a Sucessão dos companheiros

Questão que era muito tormentosa nos inventários extrajudiciais era a de como deveria ser realizada a partilha nos casos da existência de companheira. Aplicava-se o artigo 1.790 (que era criticado por muitos doutrinadores de renome por sua patente inconstitucionalidade) ou poderia o Tabelião aplicar para os companheiros as regra da sucessão dos cônjuges?

Sobre este assunto Luiz Guilherme Loureiro assim dispõe:

> no que se refere à lavratura de escritura de inventário e partilha, entretanto, a questão podia suscitar dificuldade, porque, segundo a posição (a nosso ver errada) do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, o notário está adstrito ao princípio da legalidade e, de acordo com entendimento pacífico deste órgão, não pode reconhecer a inconstitucionalidade da norma legal

A não observância das determinações do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo pode ensejar, inclusive, a perda da delegação, por parte do Tabelião infrator.

Dessa forma, o Tabelião de Notas até que seja declarada a inconstitucionalidade de qualquer norma, por este entendimento, deve aplicá-la. No caso da discussão da constitucionalidade ou não de referido artigo, quase quinze anos se passaram para que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a sua inconstitucionalidade, determinando a aplicação do artigo 1.829 todo Código Civil tanto para os cônjuges quanto para os companheiros. De se ressaltar que, conforme leciona o Ministro Alexandre de Moraes "no controle concentrado de inconstitucionalidade, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional saem do ordenamento jurídico imediatamente com a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (...)"

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, devem os Tabeliães, nas escrituras de inventário em que o de cujus tenha deixado companheiro, aplicar a regra da sucessão legítima dos cônjuges.

De forma que, doravante, caso as partes envolvidas no inventário extrajudicial, que tenha como parte companheiro, desejem fazer a divisão dos quinhões de forma diferente do preconizado no artigo 1829, deve o Tabelião atentar-se para o fato da

eventual necessidade do recolhimento do ITCMD, também, em decorrência do excesso de meação ou herança.

Feitas essas considerações passa-se a analisar a questão da responsabilidade do Tabelião no recolhimento do ITCMD a fim de se demonstrar a importante função que desempenha na arrecadação desse tributo, para após se demonstrar que apesar dessa importante função a legislação precisa ser revista para se evitar brechas tributárias.

3.5 Sujeito Passivo

No direito tributário, o sujeito passivo é a pessoa obrigada a pagar o tributo ou a penalidade pecuniária ou nas obrigações acessórias é a pessoa obrigada às prestações de fazer ou deixar de fazer. No dizer de Ricardo Alexandre "como as obrigações têm por objeto um dever de dar, fazer ou deixar de fazer, o sujeito passivo sempre será a pessoa obrigada a tais prestações"

O sujeito passivo da obrigação tributária principal classifica-se em contribuinte ou responsável. São as pessoas obrigadas ao pagamento do imposto.

O contribuinte que tem relação direta e pessoal com situação que constitua o fato gerador é contribuinte, enquanto o responsável é aquele que quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

O Tabelião de Notas deve estar atendo a todos os aspectos dos atos notariais que pratica.

As escrituras de inventário e doação exigem o prévio recolhimento do ITCMD. Identificar quem deve recolher e quem são os responsáveis está inserido na prática do ato notarial. Para bem instrumentalizar os seus atos notariais, o Tabelião deve ter conhecimento de quem são os sujeitos passivos sobre os quais recai a obrigação tributária.

Dessa forma, o conhecimento e identificação daqueles que são os indicados na lei como contribuintes e até mesmo responsáveis pelo recolhimento do imposto de transmissão nos atos de transmissão são temas relevantes para o Tabelião bem exercer sua função.

O Tabelião de Notas está enquadrado como um dos responsáveis. O Código Tributário Nacional estabelece um rol de responsáveis tributários, mas não utiliza terminologia adequada ao dispor em seu artigo 134 a responsabilidade de terceiros. É que

dispõe que "(...) nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com estes (...)"

Não se trata de responsabilidade solidária. Veja-se a diferença entre a responsabilidade solidária e a responsabilidade subsidiária ou supletiva. A primeira estabelece que são devedores solidários aqueles que apresentam interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal ou aquelas pessoas designadas expressamente por lei.

Por exemplo, um imóvel com mais de um proprietário, todos eles são responsáveis pelo pagamento integral do IPTU, mesmo que tenham entre eles direito de regresso, estes são solidários e não há benefício de ordem. O Munícipio pode cobrar de qualquer um dos coproprietários.

Na responsabilidade subsidiária não há benefício de ordem. Deve-se esgotar as possibilidades de cobrança do contribuinte, para depois adentrar-se no patrimônio do responsável subsidiário. O artigo 134, inciso VI, do CTN é um exemplo. Neste há previsão da responsabilidade subsidiária do Tabelião.

O Tabelião ou qualquer outro responsável subsidiário precisa ter participado do ato que deu origem à obrigação tributária ou se omitido nas suas obrigações.

São subsidiariamente responsáveis pelo ITCMD o tabelião, escrivão e demais serventuários de ofício, em relação aos atos tributáveis praticados por eles ou perante eles, em razão de seu ofício. O Tabelião presta um grande serviço no auxílio de fiscalização e arrecadação do ITCMD. A falta de pessoal e estrutura na Secretaria da Fazenda fez com que fossem criadas uma série de obrigações acessórias para os Tabeliães, cujo descumprimento, ou omissão acaba por enquadrá-los como responsáveis subsidiários.

3.6 Das obrigações tributárias acessórias dos Tabeliães de Notas

Eduardo de Moraes Sabbag dispõe que "o objeto da obrigação tributária se refere à prestação a que deve se submeter-se o contribuinte ou o responsável. Tal prestação pode ser de cunho pecuniário ou de cunho não pecuniário. Se, pecuniária, a obrigação será principal; se não pecuniária, sê-lo-á acessória."

O parágrafo 1º do art. 113 do CTN define a obrigação tributária como sendo aquela que surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento de

tributo ou penalidade pecuniária, extinguindo-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Portanto, a obrigação tributária principal implica prestação pecuniária ao Estado. No caso do ITCMD paulista a obrigação tributária é o pagamento do imposto de transmissão e suas eventuais multas ao Estado de São Paulo. Como visto no capítulo próprio, o Tabelião de Notas é responsável subsidiário da obrigação tributária principal do ITCMD, nos atos em que prática.

Os fatos geradores da obrigação tributária principal só podem estar previstos em lei, nunca em legislação infralegal. Desse modo, não pode um decreto estabelecer fato gerador do ITCMD.

Por outro lado, de acordo com o parágrafo 2º do art. 113 do Código Tributário Nacional, a obrigação tributária acessória pode ser prevista pela legislação tributária, nesta incluída normas regulamentadoras, tais como decretos, portarias, decisões normativas.

O objeto das obrigações acessórias são as prestações, positivas ou negativas, previstas na legislação e que visem auxiliar na arrecadação ou da fiscalização dos tributos. No caso de descumprimento das obrigações acessórias, a própria legislação tributária prevê a possibilidade de penalidades.

Como visto anteriormente, estas penalidades tributárias podem ser cumuladas com as sanções administrativas previstas na lei 8.935/94, por falta disciplinar, que podem levar até a perda da dela delegação.

As obrigações tributárias acessórias são atos necessários a auxiliar a Administração Tributária na fiscalização dos tributos e daí decorre a importância de sua observância.

Com o advento da lei 11.441/2007, a participação dos Tabeliães nos fatos geradores cresceu de forma exponencial. E o Fisco passou a cada vez mais se utilizar do auxílio dos Tabeliães impondo-lhe diversas obrigações, a fim de se evitar a sonegação do imposto por parte dos contribuintes.

Dessa forma, não pode o Tabelião, mesmo que a pedido das partes, realizar uma escritura de inventário, sem exigir dos contratantes a apresentação da respectiva guia e

recolhimento do imposto, devendo ainda fazer menção dos dados da guia na escritura de inventário.

Conforme dispõem Eduardo Moreira Peres e Jefferson Valentim, uma reclamação muito frequente dos Tabeliães é que o Fisco transferiu sua prerrogativa de fiscalizar o tributo para eles.

Referidos Autores não concordam com essa reclamação, no entanto, dada as penalidades a que estão sujeitos os Tabeliães, inclusive com a sua inclusão como responsável subsidiário do imposto não recolhido ou recolhido a menor pelos contribuintes, a reclamação dos Tabeliães não é exagerada.

O Fisco é que tem competência, por exemplo, e, até mesmo, meios hábeis de verificar a correta base de cálculo do ITCMD. Exigir que essa incumbência seja delegada aos Tabeliães é de fato transferir prerrogativas.

Em decorrência disto muitos mandados de segurança impetrados por Tabeliães são procedentes resultando no afastamento das penalidades e responsabilizações impostas ao Tabelião.

Luiz Guilherme Loureiro defende a tese de que:

> não pode o notário se alvorar no papel de fiscal do Estado: não lhe cabe calcular se o montante do imposto recolhido está correto, mas tão somente verificar se houve o recolhimento por meio da apresentação d guia apropriada e com a devida autenticação bancária.

Como se pode perceber a questão de até onde vai a responsabilidade do Tabelião no cálculo e pagamento dos Tributos que incidem sobre seus atos é tormentosa. Divide os profissionais de direito e até mesmo entre os Tabelionatos de Notas existentes por todo o território paulista a questão não é pacífica.

O Fisco quer a máxima responsabilização dos Tabeliães nesta atividade a fim de auxiliá-lo nesta árdua tarefa de fiscalizar as infindáveis transmissões ocorridas no território Paulista.

Ao que parece, o modo de agir do Fisco está muito mais calcado no lado econômico do que jurídico. O Fisco tem contado com a colaboração de vários Tabeliães na arrecadação do ITCMD que, muitas vezes, fazem verdadeira checagem das bases de cálculos, adotando posturas conservadoras, quando ao cálculo do imposto, movidos,

muitas vezes, pelo receito de ter que responder de forma solidária ou mesmo subsidiária com o contribuinte do imposto.

Hugo de Brito Machado dispõe que ilícito administrativo tributário é o comportamento que implica inobservância de norma tributária. Implica inadimplemento de obrigação tributária, seja principal ou acessória.

Ruy Barbosa Nogueira estabelece que "a legislação tributária cria as obrigações principais e acessórias que devem ser cumpridas pelas partes. As ações ou omissões contrárias aos dispositivos da legislação tributária é que constituem infrações fiscais"

Além do ilícito tributário, o Tabelião também pode cometer ilícito administrativo tributário e por suas ações ou omissões contrárias à legislação tributária estará sujeito a sanções.

A lei 8935/94 que regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro é a que estabelece quais são as infrações disciplinares bem como as penalidades aplicáveis. É Poder Judiciário quem fiscaliza os atos notariais.

No Estado de São Paulo, a função correcional está prevista no Capítulo XIII, do tomo II, das Normas de Serviço do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

As penas previstas aos notários são a de repreensão, multa, suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta e perda da delegação. E a inobservância das obrigações acessórias e principais estabelecidas pela legislação paulista do ITCMD podem ensejar uma penalidade disciplinar.

O artigo 31, combinado com o artigo 30, ambos da lei 8935/1994 dispõe expressamente que é infração disciplinar o descumprimento do dever de fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar.

Assim incorre em falta disciplinar o tabelião que lavra escritura de inventário, sem fazer menção da guia de recolhimento ou do motivo pelo qual não foi efetuado o recolhimento (imunidade, isenção, etc.).

A gravidade do ato é que vai determinar a pena a ser imposto. Assim se o Tabelião atrasa em encaminhar a escritura digitalizada para o sistema da Secretaria da Fazenda incorre em uma falta não tão grave, não sendo razoável ser punido com uma pena de perda de delegação.

Ao contrário, se o Tabelião recebe do herdeiro o valor para efetuar o pagamento do imposto e não o faz ou se falsifica guia, trata-se de falta grave que pode ensejar até a perda da delegação. Neste caso, responderia o Tabelião, inclusive penalmente.

As penalidades impostas pela legislação do ITCMD são independentes das estabelecidas na lei 8935/94. Podendo o Tabelião receber pelo mesmo ato infracional sanções tributárias e administrativas.

Cabe ressaltar que a perda da delegação só poderá ocorrer se houver sentença transitada em julgado ou decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa, a teor do disposto .no artigo 35 da lei 8935/94.

Luiz Guilherme Loureiro assim dispõe "de acordo com Nalini e DIP, o princípio geral consagrado no nosso sistema jurídico é aquele que veda a condenação do notário sem a prova cabal ou indiciária de culpa própria ou indireta por falha praticada por um terceiro."

Feitas essas considerações acerca da responsabilidade do Tabelião na fiscalização do recolhimento do ITCMD, tornando, de fato, relevante a sua função na escrituração dos inventários e partilhas, passa-se a analisar a questão central do presente trabalho, que culminou numa proposta de melhoria da legislação aplicável aos inventários extrajudiciais.

3.7 Do problema da não aplicabilidade das regras de competência do Código de Processo Civil na lavratura das escrituras de inventário e partilha

Não resta dúvida de que a lei n.º 11.441/2007 atingiu a sua finalidade de tornar mais ágeis e menos onerosos os atos de inventário e partilha e, ao mesmo tempo, descongestionando o Poder Judiciário.

No entanto, a partir do estudo da legislação, percebe-se que também deixou lacuna que deve ser reparada. A resolução do CNJ n.º 35 de 2007 que disciplina a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário e partilha pela via administrativa dispõe em seu artigo 1º que para estes atos é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.

O artigo 48 de referido Código estabeleceu que o foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário e a partilha. E caso o autor da herança não possuísse domicílio certo disciplinou regras sucessivas, quais sejam, o foro da situação dos imóveis e em havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer deles e não havendo bens imóveis, o foro de qualquer dos bens do espólio.

Uma vez que o inciso II do parágrafo primeiro do artigo 155 da Constituição Federal estabeleceu que o ITCMD é devido, relativamente aos bens móveis, títulos de créditos, ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, a estipulação precisa da competência do processamento do inventário judicial impede que o contribuinte escolha para qual Estado irá pagar o imposto de transmissão, evitando-se evasão fiscal e conflitos entre os Estados.

Nos inventários extrajudiciais quem decide para qual Estado irá pagar o ITCMD sobre os bens móveis é o próprio herdeiro, uma vez que escolherá em qual estado irá realizar a escritura pública (processar o inventário).

Esta regra de competência para os inventários judiciais é muito importante para se evitar o planejamento tributário no caso de bens móveis. E referidos bens móveis tem tido grande relevância no cálculo do ITCMD, conforme será abordado.

Se por um lado, essa brecha foi fechada quando da realização do inventário judicial, o mesmo não ocorreu no inventário extrajudicial, uma vez que nos termos da resolução 35 do CNJ é livre a escolha do tabelião.

A relevância da escolha do Estado na realização da escritura de inventário, com impacto no recolhimento do ITCMD, tem aumentado em função da grande transferência de bens imóveis para pessoas jurídicas.

O artigo 83, inciso III, do Código Civil é expresso em considerar como bens móveis as ações e cotas de pessoas jurídicas. Têm sido crescentes as heranças em que são transmitidas cotas ou ações de empresas, nas quais os imóveis integram o ativo. Transmite-se, portanto, móveis e não imóveis, muito embora estes façam parte do ativo das empresas.

Diante dessa situação, a lei deixou brecha para o planejamento tributário, no caso do inventário extrajudicial no recolhimento do ITCMD dos bens móveis. Os herdeiros

têm a possibilidade de escolher o Estado que mais o beneficiará no caso concreto. Isso gera distorção na arrecadação de tributo entre os contribuintes e entre os Estados.

O contribuinte, principalmente o que se cerca de consultores, realizará o inventário no Estado em que recolherá menos imposto de transmissão, mesmo tendo domicílio em outro.

E as legislações estaduais do ITCMD são muito diferentes seja na maneira de calcular a base de cálculo, seja nas alíquotas aplicáveis, seja nas hipóteses de isenção.

Tome-se como exemplo a lei n.º 5.617 do Estado do Amazonas que estabeleceu isenção do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), na hipótese de inventário ou arrolamento, judicial ou extrajudicial, cuja causa do óbito foi a Covid-19, enquanto durou o período de calamidade pública em decorrência da pandemia. Os herdeiros de um autor da herança que tenha falecido de Covid e tinha domicílio e empresas milionárias em São Paulo se optassem por fazer o inventário judicial necessariamente teriam que fazê-lo em São Paulo e recolheriam o ITCMD para o Estado.

No entanto, caso optassem por fazer inventário por escritura pública, em um Tabelião de notas de Amazonas, nada teriam que pagar de ITCMD.

A regra de livre escolha do tabelionato gerou essa facilidade ao contribuinte e grande potencial de conflito entre os Estados e evasão fiscal, de forma, que se propõe que seja incluído parágrafo terceiro no artigo 610 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Artigo 610 do CPC.

Parágrafo 3º Para a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa, se aplicam as regras de competência do artigo 48 desse Código, ampliadas para qualquer Tabelião do mesmo Estado do foro da competência estabelecida por referido artigo. Não sendo livre a escolha do tabelião de notas.

Revogando-se, por consequência o artigo 1º da Resolução 35 do CNJ.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas as considerações acima, percebe-se que a finalidade do legislador de tornar ágeis e menos onerosos os atos de inventário e arrolamento foi atingida com a permissão da realização através de escritura pública.

O Tabelião de Notas age com prudência e garante a autenticidade, a segurança e a eficácia desses atos jurídicos. Bem como na realização desses atos notariais fiscaliza o recolhimento do ITCMD nos termos do que disciplina o inciso XI, do artigo 30, da lei 8935/1994. Respondendo subsidiariamente pelos tributos não recolhidos, bem como penal e administrativamente podendo ter inclusive como penalidade a perda da delegação.

Portanto, o inventário extrajudicial cumpre papel relevante de desburocratização sem a perda da necessária fiscalização do recolhimento dos tributos e da correta transferência patrimonial, auxiliando ainda no descongestionamento do Poder Judiciário.

No entanto, a fim de se evitar distorções na arrecadação e conflitos entre os Estados, fundamentalmente na questão do ITCMD que recai sobre bens móveis, com grande relevância nas ações/cotas de empresas, propõe-se alteração legislativa para delimitar a competência (atribuição) do Tabelião que deve se limitar ao Estado em que o autor da herança tinha domicílio, prevenindo-se litígios entre os Estados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário esquematizado: Editora Método, 2009.

ANTONINI, Mauro. Código Civil comentado 4. Ed. Coord. César Peluso: Manole , 2010

Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Brasil. (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.

Brasil. (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

Brasil. Ministério da Fazenda. (2012). Código Tributário Nacional e Legislação Correlata: Dispositivos Constitucionais, Lei no. 5.172/1966 (2a Edição). Brasília.

Brasil. Senado Federal. (1992). Resolução nº 9, de 1992. Estabelece alíquota máxima para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de que trata a alínea a inciso l, e § 1º, inciso IV do art. 155 da Constituição Federal. Brasília.

Gondinho, V., Bonemberger S. Z. (2022). A Substituição Tributária do ICMS e as práticas da gestão tributária: estudo de caso em um comércio varejista de alimentos no Oeste do Paraná.
Artigo publicado na Revista GeSec São Paulo, SP, Brasil v. 13, n. 4, p. 2118-2141 Ed. Esp. 2022

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos – teoria e pratica. 8º ed., Salvador: Editora Juspodium, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. São Paulo: Malheiros editores; 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. Sanções administrativas tributárias. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 15ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de direito tributário. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

PERES, Eduardo Moreira; VALENTIN, Jefferson. Manual do ITCMD-SP – Imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Tabelionato de Notas I, Teoria geral do direito notarial e minutas: Editora Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Tabelionato de Notas II, atos notariais em espécie: Editora Saraiva, 2016.

SABBAG, Eduardo de Moraes. Elementos do Direito Tributário: Editora DPJ, 2004.

SABBAG, Eduardo de Moraes. Manual de direito Tributário: 8. Ed. São Paulo, 2016, e-livro.

São Paulo (Estado). (1966). Lei nº 9.591, de 30 de dezembro de 1966. Dispõe a respeito do imposto sobre transmissão de bens imóveis e direitos a eles relativos. Recuperado de https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1966/lei-9591-30.12.1966.html.

São Paulo (Estado). (2000). Lei nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD. Recuperado de https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2000/lei-10705-28.12.2000.html.

São Paulo. (2002). Decreto nº 46.655, de 01 de abril de 2002. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - (ITCMD), de que trata a Lei nº 10.705, de 2000, alterada pela Lei nº 10.992, de 2001.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro. Noções fundamentais de direito registral e notarial. São Paulo: Saraiva, 2011.

ABORTO E MICROCEFALIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E GESTÃO DE CONFLITOS PELO PODER JUDICIÁRIO

SERAFIM, Paula Maria Resende Vieira[1]
PEREZ FILHO, Augusto Martinez[2]
FERNANDES, Aline Ouriques Freire[3]

O tema desenvolvido ganhou repercussão em virtude do surgimento no Brasil em 2015 de casos da doença provocada pelo Zica Vírus. A mencionada doença foi relacionada com o surgimento de microcefalia em fetos. O presente trabalho se propõe a responder à pergunta: a autorização de aborto nos casos de anencefalia pode legalmente ser usada por analogia aos casos de microcefalia? A questão do aborto no Brasil é polêmica e demanda reflexão acadêmica. Há posições antagônicas no Poder Judiciário e no Poder Legislativo gerando, assim, aparente conflito. A ADPF 442 que tramita no STF amplia a possibilidade de realização de aborto até a décima segunda semana de gestação e o Estatuto do Nascituro que tramita na Câmara Federal proíbe o aborto em todos os casos no Brasil. Desse modo, o objetivo geral do presente trabalho é refletir a respeito da questão do aborto e da gestão dos conflitos que surgem constantemente. Os objetivos específicos são: demonstrar que a aplicação por analogia da autorização do STF consagrada na ADPF 54 confronta as normas de proteção da pessoa com deficiência e evidenciar que a atuação do Poder Judiciário colocando em pauta a ADPF 442 repercutiu contrariamente no Poder Legislativo que conseguiu urgência para votação do Estatuto do Nascituro. Dessa forma, empregou-se uma abordagem dedutiva na pesquisa, que é de natureza qualitativa e de cunho teórico. A pesquisa envolve o estudo de jurisprudência, doutrina e artigos acadêmicos relacionados ao tema, bem como a análise das normas vigentes. Ao final, almeja-se demonstrar que a analogia não pode ser aplicada para ampliar as situações de aborto legal e evidenciar a suposta oposição entre a atuação do Poder Legislativo e o ativismo do Poder Judiciário neste contexto.

Palavras-chave: Aborto; Microcefalia; ADPF 54; ADPF 442; Estatuto do Nascituro.

[1] Mestranda em Direito pela Universidade de Araraquara - UNIARA, Especialista em Direito Constitucional pela rede de ensino LFG/Anhanguera. Graduada pela PUC/Campinas – Procuradora do Estado de Minas Gerais. E-mail: pserafim@uniara.edu.br Orcid: https://orcid.org/0009-0004-9412-4203

[2] Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, Docente Programa de Mestrado Profissional em Direito da Universidade de Araraquara – UNIARA e dos cursos de Direito da Universidade Paulista – UNIP, Faculdades Reges de Ribeirão Preto – REGES e da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. E-mail: amperezfilho@uniara.edu.br
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9659-7689

[3] Doutora em Função Social do Direito e Acesso à Justiça nas Constituições pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito – 2016. Docente no Programa de Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Uniara - Universidade de Araraquara; Pesquisadora pela FUNADESP; Advogada e Consultora Jurídica. E-mail: aoffernandes@uniara.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade responder se a autorização para interrupção da gravidez dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 pode ser utilizada por analogia aos casos que envolvam fetos com microcefalia. Para tanto, o presente artigo será dividido em 7 (sete) capítulos. No primeiro capítulo observaremos através de estudo a tipificação do aborto na legislação brasileira, principalmente no Código Penal. O segundo capítulo fará uma contextualização de um tema bastante atual e ainda sem decisão, a ADPF 442. O terceiro capítulo será destinado ao estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 julgada pelo STF. O quarto capítulo está relacionado ao ativismo judicial, gestão de conflito e falará também sobre a ADI 5581. O quinto capítulo nos levará a uma reflexão sobre a microcefalia e o aspecto jurídico da interrupção da gravidez de fetos com essa patologia. O sexto capítulo adentrará o estudo do aborto eugênico e sua proibição perante o ordenamento jurídico brasileiro. O sexto capítulo demonstrará que existe previsão constitucional específica para as pessoas portadoras de deficiência, a busca por sua inclusão social e o papel protetor do Estado, de modo a prestigiar o valor da vida humana, como cerne, inclusive, da política pública de saúde.

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia dedutiva através da análise doutrinária. O método indutivo será utilizado no estudo da ADPF 54 julgada STF.

Por fim, os objetos deste trabalho científico são as diretrizes e os novos paradigmas trazidos no julgamento da ADPF 54 e o estudo da possibilidade ou não de suas aplicações por analogia a casos de aborto em virtude da má-formação do feto com microcefalia.

O método adotado nesse artigo é do tipo hipotético-dedutivo, do tipo qualitativa, mediante técnica de pesquisa bibliográfica, consistente em análise de artigos acadêmicos, doutrina especializada e jurisprudência.

Dessa forma, foram elaboradas conjecturas, ou seja, premissas foram testadas como forma de analisar sua validade. A fase inicial traz um problema ou lacuna do conhecimento, após, hipóteses são criadas e testadas.

Assim, com a criação de hipóteses pode-se deduzir consequências. As consequências podem ser testadas na prática, pois resumidamente, premissas geram conclusões. Mas cumpre ressaltar que as conjecturas só são possíveis em virtude da existência de conhecimento prévio.

Algumas jurisprudências foram analisadas, algumas aparentemente conflitantes entre si. Diante disso, o principal desafio é encontrar qual jurisprudência é válida para questão enfrentada no artigo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A Tipificação do aborto na legislação brasileira

O aborto é tipificado como crime pelo Código Penal Brasileiro em seus artigos 124, 125 e 126. Assim, a interrupção da gravidez provocada pela própria gestante ou por terceiro com a consequente morte do embrião ou do feto é crime punido com pena restritiva de liberdade. O objeto jurídico tutelado é a vida (BRASIL, 1940).

Mesmo que se afirme que não há hierarquia entre direitos na Constituição Federal, o direito à vida é primordial para aquisição dos demais. Como bem leciona Alexandre de Moraes: "[...] o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência de todos os demais." (MORAES, 2005, p.30).

A vida é prevista como direito e garantia fundamental no artigo 5º da Constituição Federal. A sua inviolabilidade é garantida aos brasileiros e estrangeiros residentes no País. A Doutrina inclui os estrangeiros não residentes no Brasil no âmbito de proteção da norma constitucional.

O direito à vida é reconhecido como Direito Humano em sua vertente internacional.

Através da dimensão objetiva conferida aos direitos fundamentais, eles transcendem a dimensão do indivíduo e irradiam por todo o ordenamento jurídico. Assim, servem como base de interpretação e criação das normas em vigor no ordenamento jurídico como um todo.

Através da necessidade de proteção eficiente conferida ao Estado, a vida humana precisa ser objetivamente protegida. Ainda que não haja direito subjetivo, como no caso do feto. Desse modo, o Direito Penal como "*ultima ratio*" não poderia deixar de proteger a vida tipificando os crimes de homicídio, de aborto e o crime de infanticídio.

Em outros termos, Masson (2020, p.4),

> [...] destaca-se, ainda, como característica do Direito Penal o seu caráter fragmentário, pois não tutela todos os valores ou interesses, mas somente os mais importantes, para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade."

O Direito Penal deve atuar como o último recurso para tutelar um bem jurídico por ser mais gravoso que os demais ramos do Direito e por punir as condutas violadoras com penas que podem ser restritivas de liberdade. A legitimidade de sua atuação encontra amparo quando os demais ramos do Direito se mostram incapazes de oferecer resposta proporcional à agressão do bem ou direito protegido. Matar alguém justifica uma resposta enérgica e repreendedora do Estado. Justifica a atuação do Direito Penal. Assim, há dever de proteção. Conforme palavras de Kaufmann (2007):

> Por outro lado, há de se destacar a necessidade de os direitos fundamentais serem vistos também sob a ótica da dimensão objetiva. Nessa linha, os direitos fundamentais deixam de ser observados sob a perspectiva exclusivamente individualista, na qual prevalece a autonomia da vontade, passam a ser considerados valores em si mesmos, materializados no ordenamento jurídico, a serem preservados e fomentados por todos e pelo Poder Público, independentemente da vontade do titular do direito. Configura-se, assim, o chamado "dever de proteção", a ser exercitado particularmente pelo Estado, na medida em que este deverá agir na defesa do direito fundamental do particular, mesmo que este não queira exercer o direito posto em jogo (KAUFMANN, 2007, online).

A vida protegida pelo artigo 5º da Constituição Federal é o direito de viver. Não há uma redução do seu âmbito de eficácia para englobar apenas a vida digna. Está protegida qualquer forma de vida humana. Aqui inclui também o direito de nascer.

Porém, não existem direitos absolutos. A própria CF/88 prevê a pena de morte em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX, do mesmo diploma jurídico (BRASIL, 1988).

O Código Penal também traz hipóteses excludentes da ilicitude nos casos de aborto. O artigo 128 afirma que não se pune o aborto se não há outra maneira de salvar a vida da gestante e não se pune quando é o caso de gravidez resultante de estupro, nessa hipótese tem que haver o consentimento da gestante ou de seu representante legal, se ela for incapaz (BRASIL, 1940).

Não há clareza no Brasil a respeito da teoria adotada para aquisição de direitos. Para teoria Natalista, o nascimento com vida é condição para aquisição da personalidade (aptidão genérica para aquisição de direitos e obrigações). A teoria da Personalidade Condicional entende que o embrião concebido é uma pessoa condicional (depende do nascimento com vida). Por fim, a teoria Concepcionista resguarda os direitos dos embriões desde a concepção.

De todo modo, o Código Civil em seu artigo 2º que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas afirma que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (BRASIL, 2002). O Código Civil não poderia deixar de proteger o nascituro em virtude da previsão constitucional de proteção à vida.

2.2 Prevenção de conflitos à luz dos precedentes

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, DPF 442, que tramita atualmente no STF será colocada em pauta após liberação para julgamento feita pela Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2020). O tema é assunto dominante nos noticiários e gera controvérsias na sociedade brasileira.

O objetivo da ADPF 442 é a legalização do aborto no Brasil até a décima segunda semana de gravidez. A ação foi proposta pelo partido político PSOL, Partido Socialista e Liberdade, e pela ANIS, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

A ação judicial afirma que o Estado brasileiro, ao criminalizar o aborto, elevou a gravidez à condição de dever, ocasionando prejuízos aos projetos de vida das mulheres.

A petição inicial da mencionada ADPF traz alegações a favor da interrupção da

gravidez e busca demonstrar principalmente que com a interrupção estaria assegurada a dignidade da pessoa humana, a cidadania das mulheres, a liberdade e o planejamento familiar (BRASIL, 2020).

A Consultoria Geral da União registrou em suas informações que a questão em debate comporta "desacordo moral razoável", visto que não há consenso entre as diversas concepções morais, filosóficas e religiosas de todos os grupos que compõem a sociedade brasileira, e que tal desacordo não pode ser resolvido por via judicial (BRASIL, 2020, p.8).

A Câmara do Deputados, o Senado Federal e a Advocacia Geral da União apresentaram informações contrárias ao pedido da ação.

O Ministério Público Federal (MPF), Procurador Geral Augusto Aras, trouxe em seus argumentos a amplitude da questão debatida:

> A controvérsia perpassa a interpretação do princípio da separação de poderes e a discussão a respeito das funções a serem desempenhadas pelos poderes Judiciário e Legislativo na solução de questões complexas objeto de dissensos e divergências que extrapolam o âmbito jurídico, adentrando o campo dos consensos sociais possíveis de caráter político, filosófico, científico, moral, ético e religioso." (BRASIL, 2020, p.13).

A afirmação principal da análise do MPF recai sobre a competência de o Poder Legislativo tratar desse assunto tendo em vista sua representatividade popular. As decisões relevantes para sociedade devem ser tomadas pelo Legislativo e respeitadas pelo STF:

> Diante das distintas correntes científicas definidoras do marco inicial da vida, da quantidade de posições divergentes, da ampla gama de possibilidades de definição do marco inicial de criminalização do aborto e da elevada carga política da discussão, mostra-se evidenciada hipótese em que falece à Suprema Corte, ainda que com a participação da sociedade em audiência pública, estrutura e legitimidade democrática para a tomada de decisão em nome da sociedade brasileira, o que exigiria conhecer todas as particularidades, opiniões, posições e complexidades políticas e científicas que envolvem a matéria. (BRASIL, 2020, p.30).

Desse modo, o Procurador-Geral da República opinou pelo indeferimento da medida cautelar e pela improcedência da ação.

A audiência pública realizada contou com representantes da área da saúde, entidades religiosas, associações da sociedade civil, movimentos sociais e operadores do

Direito: "A defesa do direito à vida desde a concepção, a acusação de pena de morte ao feto e a proposta de salvar as duas vidas são os argumentos mais repetidos, além do questionamento dos números sobre a magnitude do aborto no Brasil." (LUNA; PORTO 2023, p.18).

A ação também foi defendida em audiência pública pelos que concordam com a interrupção da gravidez até a décima segunda semana:

> Já os argumentos favoráveis ao pleito da ADPF 54 giram em torno da desigualdade entre homens e mulheres na responsabilidade sobre a gravidez, da produção de desigualdade entre mulheres que fazem aborto seguro clandestino (educadas, de classe média e brancas em maioria), porque podem pagar, e as que fazem em piores condições e são vítimas das complicações e mortes. (LUNA; PORTO, 2023, p.22).

A legitimidade de o PSOL falar em nome das mulheres também foi questionada na audiência pública.

O julgamento da ADPF 442 será um marco importante na definição dos limites do Poder Judiciário em relação à competência do Poder Legislativo, restringindo ou ampliando o ativismo judicial. A decisão judicial poderá manter os tipos penais referentes ao aborto ou poderá trazer descriminalização da conduta de interromper a vida uterina até a décima segunda semana de gravidez.

O Habeas Corpus 124.306/RJ chegou ao STF através de recurso em 2016. O Ministro Luís Roberto Barroso foi favorável à desconstituição da prisão de funcionários de uma clínica clandestina de aborto. A prisão em flagrante ocorreu por suposta prática dos crimes de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha:

> Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. (BRASIL, 2016, online).

O Ministro poderá repetir seu entendimento na votação da ADPF 442 explicitando que os artigos que tratam do aborto no Código Penal de 1940 não foram recepcionados pela CF/88. Assim, havendo aborto com o consentimento da gestante ou realizado pela própria gestante não há crime, o que afasta a presença de pressupostos

indispensáveis à decretação da prisão preventiva como deixou expresso no julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ.

No sentido oposto, o Projeto de Lei nº 478/2007, Estatuto do Nascituro, tramita no Congresso Nacional. O projeto ainda está na Câmara dos Deputados e diferentemente da ADPF 442, o Estatuto prevê a instituição de direito à vida desde a concepção, ou seja, proteção integral ao nascituro.

O Projeto de Lei pretende garantir que o nascituro, ser humano concebido, mas ainda não nascido, tenha sua dignidade humana reconhecida. O conceito inclui os seres humanos concebidos "*in vitro*", os produzidos através de clonagem ou outro meio científico eticamente aceito.

Portanto, o nascituro, não pode ser vítima de qualquer forma de violência, negligência ou exploração econômica, devendo ser objeto de políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio.

O Estatuto traz questões polêmicas como a proibição de pesquisas com célula tronco de embriões, reconhecimento da paternidade de crianças resultantes de crime de estupro, exclusão da autorização do aborto em quaisquer situações, inclusive em casos de gestações fruto de estupro, quando há risco de vida da gestante ou casos de anomalias graves, como anencefalia.

A ADPF 442 não foi julgada e o Estatuto do Nascituro ainda não foi votado, assim, nesse momento caberá a análise do julgamento da ADPF 54 que trouxe importante precedente para o Direito brasileiro e a discussão sobre a possibilidade de sua aplicação por analogia.

Mas antes é necessário lembrar de outro julgamento realizado pelo STF. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510:

> A Corte entendeu que a Constituição, quando fala de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais inclui-se o direito à vida, refere-se ao indivíduo pessoalizado, isto é, nascido com vida, sendo cada etapa do desenvolvimento gestacional protegida de forma diferenciada e proporcional. Para fundamentar que o embrião não é legal ou cientificamente uma pessoa humana, o STF citou a Lei de Transplante de Órgãos (Lei nº 9.434/97), que determina que o transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano deve ser precedida de diagnóstico de morte cerebral, concluindo que, se é assim que a vida humana termina, é com a atividade cerebral que começa. Por não ter cérebro formado, o embrião não é uma vida humana. (NUNES, 2020, p.15).

Assim, por seis a cinco votos, o STF decidiu pela improcedência da ADI 3510, reconhecendo que o artigo quinto da Lei de Biossegurança é constitucional. Cerca de um ano depois desse julgamento, a ADPF 54 que será analisada nesse trabalho foi proposta.

3. DISCUSSÃO E RESULTADOS

3.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ingressou no Supremo Federal com a Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental n° 54. O julgamento dessa ação com contornos de processo objetivo foi paradigmático. O STFaplicou a técnica de Interpretação Conforme a Constituição e criou mais uma excludente de ilicitude para o Código Penal. As gestações de fetos anencefálicos podem ser interrompidas (BRASIL, 1940).

Muito se falou na ADPF 54 sobre a diferença de aborto e antecipação terapêutica do parto. Essa última denominação é utilizada para os casos de inviabilidade da vida extrauterina.

Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que não tem a mínima possibilidade de sobreviver fere a dignidade da pessoa humana, no caso a mãe. Os relatos de pais que passaram por gestações de anencefálicos e quiseram participar do julgamento demonstram o sofrimento físico, moral e psicológico que são trazidos pelo desenvolvimento de uma gravidez que não terminará com o nascimento com vida de um bebê.

Cumpre ressaltar que foram realizadas audiências públicas com participação de diversos representantes da sociedade, principalmente de médicos especialistas no tema. Assim, o julgamento da ADPF 54 foi aberto para uma franca conversa sobre o aborto no Brasil.

A Medicina Moderna consegue afirmar com total segurança a existência de um feto anencefálico antes do final do primeiro trimestre de gravidez. A própria evolução da Medicina também demonstra com segurança a impossibilidade dessa vida fora do útero materno.

A ADPF discutiu o direito subjetivo da gestante de agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou de algum outro Poder do Estado. Bastando, assim, a certificação da anomalia fetal por médico habilitado. Não é possível, também, ignorar o grande número de abortos clandestinos feitos todos os anos no Brasil. Obrigar a mulher a manter uma gravidez de um feto anencefálico pode levar a reações extremadas que coloquem em risco a vida da gestante, a busca por abortos clandestinos é uma realidade. A vontade de cessar a dor física e psicológica trazida por essa gravidez é aflitiva e chega a ser uma tortura para mãe carregar em seu ventre um feto sem possibilidade alguma de vida futura.

Embora o preâmbulo da Constituição Federal invoque a proteção de Deus, o Estado é laico. As leis e atos normativos feitos por esse Estado laico devem refletir a neutralidade do ente político. O julgamento da ADPF 54 não adentrou muito a seara religiosa da questão do aborto. Embora tenha ocorrido participação social, a decisão foi mais técnica e ponderou Princípios basilares da Constituição. Principalmente a dignidade humana da gestante.

A Ministra Cármen Lúcia, nos autos da ADPF, defendeu o direito de escolha dizendo que pela Constituição da República o direito à saúde abrange a proteção à maternidade. Ela afirmou no julgamento da ADPF 54 que "Ser mãe é dar à luz, permitir nascer uma nova vida, não deixar-se velar o ventre enquanto aguarda o dia do enterro do pequeno ser". Ressaltando o direito de prosseguir a gestação no caso da anencefalia ou de escolher a interrupção, a ministra afirmou: "Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa, não atribuição do Estado."

No caso abrangido pela ADPF 54, o feto não possui qualquer possibilidade de sobrevivência, sendo sua expectativa de vida fatal, impossível. Portanto, de acordo com Campos (2016, online), "[...] o Direito à vida, pode não ter utilidade se o Direito à liberdade não for assegurado a todos os cidadãos, visto que uma vida sem liberdade não é uma vida digna." Podemos perceber que o direito à vida encontra limitação ou óbice em outros direitos. Não é absoluto.

Desse modo, a vida é um direito superior ou o direito que dá origem aos outros direitos. Porém, os outros direitos devem ser também observados e respeitados, como, por exemplo, a liberdade, que também está na Constituição Federal.

A vida garantida pela Constituição Federal não é apenas o direito de nascer e permanecer vivo. É também a proteção da vida digna. Em uma concepção mais abstrata, a vida saudável e alegre.

Sem dúvida a vida deve ser protegida por um Estado Democrático de Direito. Mas o feto anencefálico não tem qualquer possibilidade de vida. Não há vida em potencial em seu corpo. Não há desenvolvimento das funções cerebrais superiores do sistema nervoso central nesses fetos. Eles não terão cognição e consciência em momento algum da sua existência.

A decisão do STF na ADPF 54, dessa forma, é limitada. Não há uma expansão do direito ao aborto, pois essa decisão se refere apenas a uma condição específica, do feto anencefálico.

No entanto, é uma decisão significativa no contexto brasileiro e da América Latina, não apenas por ter sido a primeira e única mudança até agora nessa área de direitos no Brasil, mas principalmente por causa de seu enquadramento e da possibilidade de um novo entendimento em relação à questão do aborto na jurisprudência do país, na jurisprudência constitucional principalmente.

3.1 Ativismo judicial e ADI 5581

No julgamento da ADPF 54 é possível apontar que a decisão de autorizar a antecipação terapêutica do parto foi fruto de ativismo judicial. O STF em sua decisão trouxe nova excludente de ilicitude do crime de aborto não prevista no artigo 128 do Código Penal.

Assim, o STF atuou como legislador. Novos anseios e novas realidades tomaram conta do ato de julgar do Poder Judiciário como visto na ADPF 54 (BRASIL, 2020).

A inquietude em atualizar as formas de se fazer justiça e a demora do Poder Legislativo na tramitação de leis em face da dinâmica da realidade fez com que surgisse nos Estados Unidos, um fenômeno, esse conhecido como “ativismo judicial” (judicial activism).

O ativismo judicial da maneira que aconteceu nos Estados Unidos é visto pelos doutrinadores como uma interferência do Poder Judiciário nas questões ligadas às políticas públicas. Segundo Garnett (2006, p.112), "[...] o termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão."

O termo ativismo judicial, para alguns doutrinadores, é utilizado politicamente com o objetivo de denegrir decisões vindas dos Tribunais e que contrariam as vontades políticas, geralmente são contra interesses do Poder Executivo.

É possível perceber, nesse caso, a íntima ligação entre a atividade política e decisões das Cortes que contrariam essas atividades. Assim, o ativismo judicial nos Estados Unidos da América compreende principalmente as decisões que invadem o campo de políticas públicas, ultrapassa a competência principal ou originária do Poder Judiciário. Não é apenas julgar. É julgar e legislar ingressando nas políticas públicas.

Desse modo, o ativismo judicial, considerado um fenômeno jurídico, é geralmente definido como uma postura ativa do Poder Judiciário que intervém frequentemente e significativamente nas escolhas políticas de outros poderes.

No entanto, não há consenso entre os juristas sobre uma definição mais específica desse fenômeno ou como caracterizá-lo positiva ou negativamente. A maturidade da sociedade será capaz de aceitar melhor os limites de cada Poder ou a necessidade de um Poder substituir o outro para melhor adequação à realidade social e necessidade de solução mais célere.

O fato é que esse fenômeno surgiu, desenvolveu e expandiu-se para outros países, ainda mais considerando o mundo globalizado que vivemos e a facilidade de importar ideias de maneira rápida através da tecnologia.

Assim o Brasil importou o ativismo judicial. Mas ainda não possui uma conceituação verdadeira e absoluta do que realmente é ativismo judicial.

De acordo com Belice et al. (2016, p.7) ao falar do ativismo judicial bem esclarece, "Entende-se que ele é um fato consolidado na cultura jurídica atual, que pode ser diferentemente caracterizado, a depender daquele que observa ou que sofre seus efeitos."

As referências ao que se tem sido denominado ativismo judicial representam outra abordagem de um termo usado descuidadamente para definir seus contornos. Na verdade, como não há consenso se essa é uma atitude desejável ou negativa, o risco é que a expressão seja muito genérica para se tornar inválida ou para se transformar em uma das armadilhas semânticas que atraem participantes distraídos para essa acalorada discussão pública.

No âmbito da ciência do Direito, o ativismo judicial é também empregado para afirmar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica, ou seja, extrapolando os limites.

Desta premissa, se colhe que ativismo tende a ser o "agir" do Poder Judiciário, mesmo que não se admita conceituar o fenômeno. O ativismo é também uma liberdade consciente e cautelosa, com respeito aos princípios constitucionais.

Fato é que em busca do mesmo ativismo judicial e da gestão de conflito pelo Poder Judiciário ocorridos na ADPF 54, em 24 de agosto de 2016, foi protocolada uma ação direta de inconstitucionalidade no STF pedindo que fossem garantidos direitos que aparentemente estariam sendo violados em virtude da epidemia do chamado Zika Vírus. Os temas eram: acesso à informação, planejamento familiar, interrupção da gravidez, proteção social e garantia ao transporte.

Trata-se da ADI 5581, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) e coordenada pela Anis – Instituto de Bioética. Segundo os solicitantes, o Estado brasileiro é omisso ao deixar desamparadas as famílias afetadas pela síndrome congênita do Zika Vírus. A síndrome é responsável pelo nascimento de crianças com microcefalia e outras desordens neurológicas, incluindo atraso do desenvolvimento.

O procurador-geral da República, Rodrigo Janot, encaminhou ao STF, em 06 de setembro de 2016, parecer no qual se manifesta a favor da possibilidade de realização de aborto por mulheres infectadas pelo mencionado vírus. A justificativa para a autorização do aborto, segundo Janot, deve ser a mesma adotada, analogia, para os casos de gravidez de fetos anencéfalos julgados pelo STF, ou seja, proteger a saúde da mulher (PONTES, 2016).

Ele afirmou ainda nos autos da ação que "[...] criminalizar a mulher que

interrompa a gravidez em razão do extremo sofrimento que esta lhe provoca é definir, contra a Constituição, que a reprodução é dever da mulher e não um direito" (SOUZA, 2016, online).

Já o Senado Federal, em 09 de setembro de 2016, entregou ao STF uma manifestação em que se estabelece contra a possibilidade de mulheres grávidas e infectadas com o Zika Vírus possam interromper a gravidez realizando aborto. Os advogados do Senado utilizaram argumentos como eugenia – seleção dos indivíduos – e "ideia cristã de proteção ao mais fraco" para embasar a ideia contrária ao aborto.

O Plenário do STF, em sessão virtual julgou, por unanimidade prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5581, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) contra dispositivos da Lei 13.301/2016 (BRASIL, 2016).

A Lei 13.301/2016 trata de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus das seguintes doenças: dengue, da chikungunya e zika. O colegiado do STF acompanhou a relatora, ministra Cármen Lúcia, pela perda do objeto da ação (BRASIL, 2016).

A mencionada perda do objeto se deu em virtude da revogação do principal ponto questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo em vista que a Medida Provisória 894/2019 institui pensão vitalícia a crianças com microcefalia decorrente do Zika Vírus.

A ADI foi ajuizada juntamente com ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A Associação Nacional dos Defensores Públicos buscou alegar diversas omissões do Poder Público no acesso à informação, a cuidados de planejamento familiar e aos serviços de saúde e chegou a pedir a declaração de inconstitucionalidade do enquadramento da interrupção da gestação em relação à mulher infectada pelo zika vírus no artigo 124 do Código Penal.

Para a relatora, Ministra Cármen Lúcia, a Anadep não tem legitimidade para a propositura da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF. A ministra ressaltou que a jurisprudência do STF somente reconhece a legitimidade das entidades de classe nacionais para o ajuizamento de ação de controle abstrato se houver nexo de afinidade entre os seus objetivos institucionais da entidade e o conteúdo dos textos normativos. No caso, não foi constatado interesse jurídico da ADEP nas normas e políticas públicas questionadas.

A ação proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos não foi contemplada com uma decisão final por ter sido extinta precocemente. Dessa forma, a sociedade brasileira não obteve a resposta se o aborto no caso de microcefalia é permitido dentro do nosso ordenamento jurídico e resta a incerteza sobre a possibilidade de uma analogia com a antecipação terapêutica do parto autorizada pelo STF, através de ativismo judicial, nos casos de anencefalia.

Não resta dúvida que a microcefalia presente em algumas crianças é muito diferente da anencefalia. As diferenças são jurídicas, médicas, éticas e envolvem a possibilidade de perduração da vida da criança.

3.2 Microcefalia

O objetivo do presente trabalho científico, como já mencionado, é responder se os paradigmas analisados e abertos pelo julgamento da ADPF 54 alcançam os casos de gravidez que envolva fetos com microcefalia, tendo em vista a extinção precoce da ADI 5581 no Supremo Tribunal Federal. A interrupção da gravidez no caso de microcefalia seria também uma excludente de ilicitude por analogia aos casos de anencefalia?

O tema é atual pois permanece sem solução e polêmico. O número de casos de fetos com microcefalia é expressivo e a ADPF 54 julgada pelo STFapenas trata dos casos de aborto de feto anencefálico. O Código Penal ao trazer o tipo legal que criminaliza o aborto parece englobar a prática abortiva do microcéfalo como crime, salvo se a mãe correr risco de morte com a gravidez ou tiver engravidado em virtude de estupro. Assim, há necessidade de um estudo jurídico do tema.

O assunto ganhou repercussão em virtude do surgimento no Brasil em 2015 de casos da doença provocada pelo Zica Vírus. A mencionada doença foi relacionada ao aumento do número de microcefalia em fetos. A microcefalia é uma condição neurológica em que o cérebro e a cabeça do feto são menores, melhor explicando, são significativamente menores quando comparados com a cabeça e o cérebro de fetos da mesma idade e sexo. Esta condição neurológica está associada também à deficiência mental.

A prática do aborto existe há séculos e inclui várias circunstâncias que levaram e ainda levam milhares de mulheres jovens e adolescentes à morte. Essas mulheres

acabaram com a própria vida em virtude do uso de técnicas perigosas e sem real acompanhamento médico e hospitalar na busca da eliminação do feto do ventre materno.

Para os defensores da possibilidade de realização do aborto nos casos não incluídos no Código Penal, o maior impulso que recomenda a prática abortiva vem do combate ao martírio que é o aborto clandestino. Com sua liberação condicionada à análise e aprovação por médico especializado e feito em clínica devidamente equipada, o controle das consequências será obtido. Assim, serão evitados abortos feitos por pessoas imperitas, diminuindo-se drasticamente o risco de morte, mutilações uterinas ou a existência de outros perigos à gestante.

Em relação àqueles que são contra a realização do aborto nos casos não incluídos no Código Penal, é possível concluir que no Brasil, em nossa sociedade, existe forte inflexibilidade moral e questionamentos acalorados envolvendo preceitos religiosos que abrangem o tema.

Porém, mesmo havendo tanta divergência de opiniões na sociedade brasileira, o STF(STF), na ADPF 54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), decidiu pela possibilidade de realização do aborto no caso de feto anencefálico, desde que haja laudo médico aprovando a conduta.

Diante do julgado do STF, a antecipação do parto de um feto anencéfalo passou a ser voluntária. Assim, conforme Nikolly Sanches Aragão:

> [...] caso a gestante manifeste o interesse em não prosseguir com a gestação, poderá solicitar serviço gratuito do Sistema Único de Saúde (SUS), sem necessidade de autorização judicial. Os profissionais de saúde também não estão sujeitos a responder judicialmente por executar a prática. (ARAGÃO, 2019).

O feto com microcefalia tem vida em potencial. A constatação da anomalia é feita durante a gestação pela medição do perímetro da cabeça do feto através da ultrassonografia. Não há cura. Mas há viabilidade de vida extrauterina e níveis diferentes da má-formação craniana. A criança deve ser estimulada e existem algumas cirurgias que amenizam a má-formação.

O aborto de fetos pelo motivo da existência da microcefalia é ilícito penal. A viabilidade da vida extrauterina faz com que haja total diferenciação dos casos de fetos

anencefálicos (ausência do cérebro) em que a vida é impossível e dos casos de fetos com microcefalia em que a vida é possível.

O julgamento da ADPF 54 não trouxe paradigmas que por analogia poderiam ser usados para os casos de microcefalia. Não há autorização jurídica para o aborto em casos de microcefalia. Não há, assim, excludente de ilicitude para o caso.

3.3 Aborto Eugênico

A interrupção da gravidez por haver uma anomalia no feto ou uma deficiência física ou mental resume a definição de aborto Eugênico. Trata-se de uma maneira preventiva de selecionar quem deve nascer e quem não deve. Essa prática é constantemente associada ao período nazista que culminou na Segunda Guerra Mundial. A teoria da raça superior que deve se multiplicar e exterminar a raça inferior adotada pelo nazismo parece abraçar a ideia do aborto eugênico.

O aborto eugenésico ou eugênico é a interrupção da gravidez em virtude da fundada probabilidade do nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.

Não é a teoria agasalhada pela Constituição Federal de 1988 e jamais poderia prevalecer em um Estado Moderno que se subordina a leis que obrigatoriamente precisam observar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é considerada um sobreprincípio. O doutrinador Paulo de Barros, 2007, ensina: “[...] há princípios e sobreprincípios, isto é, normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras.”

A eficácia da dignidade humana como direito fundamental é também horizontal. Ela incide nas relações privadas de maneira direta ou indireta, dependendo da necessidade ou não de intervenção legislativa. Não existe somente na relação do Estado com os particulares. Como tudo deve ser interpretado pela ótica constitucional, filtragem constitucional, a supremacia da Constituição Federal é também material e não só formal. Dessa maneira, o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana norteia todo o ordenamento jurídico e obriga todo o ordenamento jurídico através de sua força

normativa.

Os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas. Dessa forma, fica descartada qualquer deliberação de proposta de emenda tendente a abolir esse fundamento da República Federativa do Brasil.

Nenhuma norma poderá ser produzida sem considerar a totalidade do sistema constitucional, a unidade da Constituição. Sendo assim, uma norma autorizando o aborto pela existência de feto com microcefalia no ventre materno é inconstitucional. A dignidade da pessoa humana e a força normativa da Constituição seriam afrontadas.

É preciso lembrar que o caráter vinculante da Constituição Federal vincula até mesmo o Poder Legislativo e sua criação normativa.

3.4 Proteção jurídica das pessoas com deficiência na Constituição Federal

O artigo 23, inciso II, da Constituição Federal estabelece que é competência comum dos entes políticos garantir e proteger as pessoas com deficiência, cuidar da saúde e assistência pública dessas pessoas. Também compete à União, Estados e Municípios concorrentemente proteger e integrar as pessoas portadoras de deficiência, artigo 24, inciso XIV. O artigo 37, inciso VIII, esclarece que a lei definirá critérios de admissão e reservará cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência. O artigo 203, do mesmo diploma jurídico garante um salário-mínimo para as pessoas portadoras de deficiência que não possam se manter ou ser mantida pela família, conforme lei. Enfim, esses são alguns exemplos da preocupação da Constituição Federal com as pessoas portadoras de deficiência.

Não há dúvida de que o desenvolvimento de um país depende de serviços sociais básicos como moradia, recreação e segurança, bem como de diversas questões econômicas, culturais e históricas. Além de educação e saúde.

A previsão legal de inclusão social das pessoas portadoras de deficiências demonstra a existência de um Estado protetor. Dessa maneira, havendo tantas previsões constitucionais de inclusão e proteção dessas pessoas e sabendo que as normas constitucionais irradiam por todo o sistema jurídico, a interrupção da gravidez do feto com microcefalia encontra robusto obstáculo jurídico para sua legalização ou excludente

de ilicitude.

Conforme os autores Bonizzato, De Sousa Junior e Bolonha (2017, p. 305) dentro da temática das pessoas portadoras de deficiências, no caso microcefalia, e inclusão social:

> E, dentro dessa seara temática, avolumam-se os problemas, quando se pensa que a microcefalia é patologia cujas consequências futuras são incertas. Portanto, pode-se ter grupos e grupos de portadores dessa patologia, cada qual com sintomas e sequelas distintas, o que exigirá, também, concomitantemente, preparo, treinamento, formação e atuação profissional diferenciada em saúde e em educação, sempre com vistas à finalidade maior de inclusão social, valor este estampado em convenção internacional anteriormente já levantada, na Constituição da República Federativa do Brasil e em já farta legislação infraconstitucional brasileira.

O Estado através de sua legislação não tolera o aborto eugênico dos portadores de microcefalia. Pelo contrário, o nascimento e a vida dessas pessoas são legalmente protegidos e há leis que visam constantemente a inclusão social dos portadores de deficiências.

As políticas públicas de erradicação de agentes patológicos que causem doenças e deficiências físicas também devem ser consideradas e incentivadas. É o caso das campanhas e dedetização contra o aedes aegypti, inseto responsável pela transmissão do Zica Vírus.

Famílias de crianças diagnosticadas com microcefalia que se enquadrem nos pré-requisitos do Benefício de Prestação Continuada (ou seja, ficar comprovado que a família não tem condições de sustentar a criança) poderão receber o valor de um salário-mínimo por mês para complementar a renda, desde que possuam renda per capita inferior a duzentos e vinte reais (R$ 220,00), valores atualizados do ano corrente. Assim ficou estabelecido em virtude do reconhecimento pelo Ministério de Desenvolvimento Social que crianças com microcefalia apresentam dificuldades neurológicas, motoras e respiratórias, precisando, por estes motivos, de cuidados especiais que demandam recursos monetários para serem supridos.

Os gastos financeiros incluem terapias ocupacionais, atendimentos psicológicos com profissionais, especialistas em distúrbios da fala e até mesmo acompanhantes escolares para ajudarem nas demandas. Assim, a Prestação Continuada recebida pelo

Governo não chega a suprir as necessidades, os gastos, sendo apenas uma ajuda para tanto.

O respeito e incentivo do desenvolvimento da pessoa com microcefalia deve abranger uma série de atividades para Adriana Andreia De Fatima Norbert:

> Cada criança nascida com microcefalia é especial e única, e sua avaliação deve ser criteriosa a base do que deve ser estimulado para diminuir as chances de atrasos no seu desenvolvimento neuropsicomotor. Os atrasos podem acarretar tanto na parte cognitiva, visual, auditiva e motora, por isso é de extrema importância o acompanhamento de profissionais capacitados para atender as necessidades presentes. A estimulação deve começar desde o nascimento da criança, é nos primeiros meses que se ganha maior aquisição pela neuroplasticidade, ou seja, um período importante para seu desenvolvimento neuropsicomotor. (NORBERT, 2016).

As equipes multidisciplinares compostas por pessoas com técnicas, habilidades, vivências e personalidades diferentes tornam possível atingir os resultados buscados de forma mais rápida e efetiva trazendo conquistas importantes e mais autonomia para as pessoas com microcefalia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme buscou-se demonstrar ao longo do presente estudo, é possível argumentar que no Brasil atualmente não é juridicamente possível a interrupção da gravidez quando o feto possui microcefalia.

Os estudos realizados, demostraram que a interrupção da gravidez nesses casos configura o crime de aborto tipificado no Código Penal. O artigo 128, do mencionado diploma, apenas autoriza o aborto se necessário para salvar a vida da gestante ou se a gravidez for proveniente de estupro e houver o consentimento da gestante ou de seu representante legal, se ela for incapaz, para interrupção da gravidez. Essas são as excludentes de ilicitude trazidas pelo Código Penal.

O STF ao julgar a ADPF 54 criou uma espécie de excludente de ilicitude. Uma nova espécie que se soma às excludentes de ilicitude do artigo 128, do Código Penal. A interrupção da gravidez quando o feto possui anencefalia é, assim, juridicamente autorizada. Não é obrigatória, por óbvio, mas pode ser executada por não haver vida em

potencial no feto. Ele não sobreviveria fora do ventre materno. É um ser que não carrega a possibilidade de vida extrauterina.

Desse modo, constatou-se que os fetos com microcefalia, diferentemente dos fetos anencefálicos, carregam em si a potencialidade da vida extrauterina. Dessa forma, a interrupção da gravidez desses fetos configura o crime de aborto.

O chamado aborto eugênico é punido pelo ordenamento jurídico. O Estado tem características de protetor e visa através de previsões legais e medidas políticas incluir na sociedade as pessoas portadoras de deficiências.

O ente político não poderia coadunar com o aborto de fetos por serem portadores de alguma anomalia que não exclua a possibilidade de viver, ou seja, de fetos que sejam viáveis fora do ventre materno.

Assim, apesar dos desafios que a microcefalia causa em seus portadores e nas suas famílias, a interrupção da gravidez de fetos com essa anomalia configura crime de aborto e não há excludente de ilicitude para essa conduta tipificada no Código Penal.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Nikolly Sanches. **A descriminalização do aborto no Brasil**. BOLETIM CONTEÚDO, 2019.

BELICE, Afonso Códolo et al. **Reserva do Possível e Ativismo Judicial no Recurso Extraordinário 580252:** Reparação do Estado ao Detento que teve seus Direitos Violados Durante o Cárcere. (Org) Paulo Gustavo Gonet, Brasília: IDP, 2016.

BONIZZATO, Luigi; DE SOUSA JUNIOR, Manuel Rodrigues; BOLONHA, Carlos. Saúde, educação e pessoas com deficiência: o advento da microcefalia. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 11, n. 37, p. 303-329, 2017.

BRASIL. Câmara Federal. **Proposta de Lei 434/2021**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584#:~:text=integral%20ao%20nascituro.-,Art.,meio%20cient%C3%ADfica%20e%20eticamente%20aceito.
Acesso em: 2. outubro. 2023.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário oficial**, Brasília, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm#:~:text=LEI%20

N%C2%BA%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Civil.&text=Art.,e%20deveres%20na%20ordem%20civil**.** Acesso em 5. maio. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 5. maio. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, **Diário oficial**, Brasília, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 5. maio. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016. Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Diário oficial, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer do Procurador Geral da República na ADPF n. 442/DF**. Brasília: Procuradoria Geral da República, 12 maio 2020. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADPF000442InterrupodaGestaoCD.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Primeira Turma. **Habeas Corpus 124.306**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345. Acesso em: 29 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na ADPF n. 54/DF.** Ministro relator: Marco Aurélio. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADPF000442InterrupodaGestaoCD.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

CAMPOS, Jefersson. Direitos Fundamentais: **Direito à Vida**. JusBrasil, 2016. Disponível em: https://jeferssoncampos7.jusbrasil.com.br/artigos/327902431/direitos-fundamentais-direito-a-vida. Acesso em 02 maio 2023.

GARNETT, Richard W. **Debate: judicial ativism and its critics**. University of Pennsylvania Lam Review, 2006. v 155, p. 112.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Colisão de Direitos Fundamentais: o Direito à Vida em Oposição à Liberdade Religiosa–O Caso dos Pacientes Testemunhas de Jeová Internados em Hospitais Públicos. **Direito Público**, v. 4, n. 16, 2007.

LUNA, Naara; PORTO, Rozeli. Aborto, valores religiosos e políticas públicas: a controvérsia sobre a interrupção voluntária da gravidez na audiência pública da ADPF 442 no Supremo Tribunal Federal. **Religião & Sociedade**, v. 43, p. 151-180, 2023.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral** – vol. 1. 11.ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo. Atlas. 2005. p.30.

NORBERT, Adriana Andreia De Fatima et al. A importância da estimulação precoce na microcefalia. **Anais...** XXIV Seminário de Iniciação Científica, Salão do Conhecimento, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2016.

NUNES, Amanda Luize. Uso de Evidências no Debate Constitucional sobre Aborto: o Conceito de Direito à Vida nos Amicus Curiae da ADPF 442**. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 18, 2020.

PONTES, Felipe. **Em parecer, Janot defende aborto para grávidas com vírus Zika**. Agencia Brasil, 2016. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-09/em-parecer-janot-defende-aborto-para-gravidas-com-virus-zika. Acesso em 5. maio. 2023.
Revista Diálogo Jurídico. Salvador. DP, nº 16, maio-agosto, 2007, p. 84.

SOUZA, André. **Janot defende aborto quando grávida estiver com Zika**. O Globo, 2016. Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/janot-defende-aborto-quando-gravida-estiver-com-zika-20068807.

CONTRATO DE VESTING: ESTRATÉGIAS PARA O CRESCIMENTO EM BIOSTARTUPS

ALEXANDRE ELI ALVES[1]
MIRIAM DA COSTA CLAUDINO[2]
RICARDO AUGUSTO BONOTTO BARBOZA[3]

Este artigo busca examinar o contrato de vesting aplicados em biostartups, com foco no novo marco legal à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. O contrato de vesting é analisado em termos de sua influência na eficácia desses direitos, dividindo-se em duas perspectivas. Na dimensão subjetiva, ele é considerado um meio de proteger os direitos fundamentais dos sócios e investidores das biostartups, incluindo o direito à liberdade contratual. Já na dimensão objetiva, o contrato de vesting é percebido como um instrumento para promover a efetividade dos direitos fundamentais ao desenvolvimento e ao empreendedorismo inovador, ao mesmo tempo que reduz os riscos trabalhistas e tributários. Isso resulta em uma otimização do progresso da empresa em direção às metas estabelecidas, trazendo um impacto econômico e social considerável no desenvolvimento do país. Esta abordagem de negócios inovadora tem demonstrado um sucesso particularmente notável no contexto do empreendedorismo na nova economia, especialmente para as biostartups. Com isso, os riscos são minimizados e naturalmente formados uma garantia de segurança jurídica para os sócios, além de incentivar os investidores, especialmente após a promulgação do novo marco legal das startups. O presente estudo foi conduzido metodologicamente meio de uma abordagem exploratória e descritiva. As conclusões são derivadas da análise qualitativa de dados obtidos através da revisão bibliográfica e documental de livros, artigos, websites, jurisprudência e legislação.
.

Palavras-chaves: Vesting; Biostartups; Direitos Fundamentais; Marco Legal; Empreendedorismo Inovador.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1]Doutorando em Biotecnologia e Mestre em Direito pela Universidade de Araraquara (UNIARA)
[2]Mestranda em Direito e Gestão de Conflito pela Universidade de Araraquara (UNIARA)
[3]Professor(a) do Programa do Mestrado em Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA)

1 INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 182/2021 introduziu o novo marco legal das startups no Brasil, visando impulsionar o empreendedorismo inovador e modernizar o ambiente de negócios. Nesse contexto, a inclusão do termo "Inovação" na Constituição Federal reforça a relevância da pesquisa científica e tecnológica como motores do progresso nacional.

E, respaldada pelos princípios da Lei da Liberdade Econômica e do Marco Legal das Startups, esses avanços regulatórios visam fomentar um ambiente propício ao empreendedorismo e à inovação, impulsionando a criação de novos negócios e soluções inovadoras, fortalecendo, assim, as biostartups.

O presente artigo oferece uma análise abrangente do novo marco legal, destacando a importância do contrato de vesting para as biostartups. Este contrato, ao proporcionar maior controle sobre as participações dos sócios, incentiva a inovação no setor. No entanto, é crucial elaborá-lo com diligência para prevenir futuros conflitos entre os envolvidos. Dessa forma, o texto busca fornecer uma visão clara e concisa do impacto do novo marco legal no cenário empreendedor e inovador do Brasil, com ênfase na vital contribuição do contrato de vesting para as biostartups. Considerando que, uma das mudanças significativas do novo marco legal diz respeito a esses contratos, onde, antes desta lei, não havia uma regulamentação específica, o que gerava incertezas e dificuldades na sua aplicação.

Com a nova regulamentação, os contratos de vesting foram reconhecidos como instrumentos essenciais para o desenvolvimento de startups e empresas inovadoras. Eles se tornaram uma opção mais atrativa para empreendedores e investidores interessados em atrair e reter talentos, promovendo o crescimento do ecossistema de biostartups no Brasil.

O presente artigo se concentra na análise do contrato de vesting em biostartups, considerando o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. A metodologia utilizada foi exploratória e descritiva, com análise qualitativa de fontes como livros, artigos, websites, jurisprudência e legislação.

Os resultados demonstram que o contrato de vesting pode proporcionar redução de riscos e maior segurança jurídica para os sócios em um ambiente de confiança prévia. Além disso, a inclusão do termo "Inovação" na Constituição Federal reforça a importância da pesquisa científica e tecnológica para o desenvolvimento do país.

Conclui-se que o contrato de vesting é uma ferramenta valiosa para as biostartups, permitindo maior controle sobre as participações dos sócios e incentivando a inovação no setor. No entanto, é crucial elaborar esse tipo de contrato com cautela para evitar conflitos futuros entre os sócios. Em resumo, este artigo oferece uma análise abrangente do novo marco legal, destacando a importância do contrato de vesting para as biostartups e sua contribuição para o desenvolvimento do ecossistema empreendedor.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS ÀS BIOSTARTUPS: IMPULSIONANDO A INOVAÇÃO NA BIOTECNOLOGIA

Antes de adentrarmos no estudo das legislações infraconstitucionais e normativas das Biostartups, este primeiro capítulo proporcionará uma breve exposição da trajetória das Biostartups no Brasil. Baseando-se nas características e formalizações dessas empresas inovadoras, conhecidas como "startups", aplicadas nas constantes transformações decorrentes da área multidisciplinar da biotecnologia, nos deparamos com um universo ainda inexplorado que promete trazer avanços significativos para o futuro da humanidade. No entanto, existe uma notável carência de regulamentação jurídica.

Quando nos referimos às biostartups, estamos tratando de empresas de biotecnologia inseridas no ramo tecnológico, que já apresentam grandes descobertas aplicadas em diversos segmentos industriais e de mercado. Este é um campo emergente em ascensão, gerando produtos e serviços de alto valor agregado, bem como empregos qualificados. Um exemplo notável são os impactos positivos na saúde, resultando em uma melhoria considerável na qualidade de vida da população, com repercussões não apenas na economia local, mas também na nacional (Judice; Baeta, 2005).

Uma das grandes vantagens das biostartups, que as diferencia de modelos de negócio tradicionais, é sua efetiva capacidade de trabalhar com produtos "replicáveis" e "escaláveis" através do uso da tecnologia. A doutrina ressalta a existência de aplicativos que, uma vez desenvolvidos e em circulação, são distribuídos para milhões de pessoas, representando uma economia de escala que as biostartups podem facilmente alcançar (Feilgelson; Nybo; Fonseca, 2018).

Ao aplicar a tecnologia com impactos notáveis na qualidade de vida e, principalmente, na dignidade da pessoa humana, nos deparamos com uma circunstância de influência direta nos direitos fundamentais. Nosso estudo busca analisar o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais em conjunto com o novo marco legal das startups. Destacamos que nossa análise tem como premissa principal uma avaliação da liberdade individual, indo além da área econômica e do lucro empresarial.

Nossa interpretação do direito é fundamentada em normas formais e materiais, com base nos princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição. Adotamos uma interpretação extensiva do texto constitucional, respaldada pela valorização da dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais, guiados por critérios éticos e morais que visam a justiça e a igualdade entre todos (Alexy, 2017).

Tavares (2023) destaca que não podemos ignorar o contexto econômico no direito ao desenvolvimento. No entanto, a constituição possui uma interpretação econômica que se estende a diversas esferas, como social, moral e política. O desenvolvimento do país é um dos objetivos fundamentais, não apenas um meio para alcançar outro princípio (Tavares, 2023, p. 750). Nogami e Passos (1994), assim como Kane e Sand (1988), corroboram esse entendimento.

A Declaração de Direito ao Desenvolvimento estabelece diretrizes para a interpretação dos direitos fundamentais, com base na premissa de que o desenvolvimento abrange aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos, visando promover o bem-estar de toda a população. Isso é alcançado por meio da participação ativa, livre e significativa dos indivíduos, e pela distribuição justa dos benefícios desse processo

(RESOLUÇÃO N. 41/128 DA ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986).

Partimos do princípio de que nosso estudo adotará uma interpretação ampla, não limitada ao campo econômico, mas sim vinculada à nossa liberdade e ao crescimento econômico da coletividade, com o propósito de melhorar nossas vidas, estando, portanto, intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a globalização da informação e o amplo acesso às redes sociais e à internet, surgem novos desafios não apenas para o mundo empresarial, mas também para o campo do direito. Segundo Azevedo (2016, p. 13), a internet veio para romper com o paradigma da velha economia, promovendo uma verdadeira reconfiguração nos negócios.

O interesse social, aliado ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país, são direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal no seu Art. 5º. Este dispositivo deve ser analisado à luz da Emenda Constitucional nº 85/2015, que trouxe como grande novidade a inclusão do termo "Inovação" em nossa Carta Magna, conferindo uma nova redação ao dispositivo constitucional. O Art. 218 estabelece que o estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (Brasil, 1988).

Nesse contexto, a doutrina destaca que o Estado deve promover e incentivar não apenas o desenvolvimento tecnológico, mas também a capacitação científica e a inovação, reconhecendo a importância da inovação como vetor de desenvolvimento econômico, social e ambiental (Ramos, 2014, p. 557). Tavares (2023) ressalta a relevância do desenvolvimento nacional e destaca a importância da inclusão do termo "inovação", que traz consigo a ideia de projetos originais, visando aprimorar a articulação dos Estados com as instituições de pesquisa para incentivar o desenvolvimento tecnológico e científico no Brasil (Tavares, 2023, p. 751).

No entanto, somente com a publicação da Lei n.º 10.973/2004, conhecida como "Lei de Inovação", e a aprovação da Lei n.º 13.246/2016, foi que esses direitos fundamentais passaram a ser mais efetivamente regulamentados. A Lei de Inovação estimulou ainda mais o desenvolvimento das empresas no Brasil ao ampliar as referências

às incubadoras de empresas, com o objetivo de facilitar a criação e o desenvolvimento de empresas que tenham como diferencial a realização de atividades voltadas à inovação (Brasil, 2016).

Apesar dessas medidas, a implementação desses direitos fundamentais ainda era tímida, principalmente no campo da biotecnologia, objeto central deste estudo. Neste setor, enfrentamos desafios significativos, com riscos elevados e uma taxa de mortalidade considerável devido à inovação e à falta de conhecimento administrativo por parte dos gestores, especialmente em gestão de mercado, de recursos financeiros e de competência comercial (Alves; Bonotto; Claudino, 2023).

Drucker (2002) destaca que, por se tratar de uma inovação de base científica, as empresas enfrentam dificuldades temporárias na tomada de decisões durante projetos que envolvem a transformação de produtos e serviços em mercados. Isso se deve à complexidade e ao alto risco envolvidos, uma vez que está conectado a diversos fatores e amplo conhecimento científico e tecnológico.

De acordo com a doutrina de Burtet, Fontanela e Marocco (2022), um dos grandes avanços decorre do ambiente regulatório experimental, também conhecido como sandbox regulatório. Esse ambiente representa uma forma de desburocratização que permite que essas empresas recebam autorizações temporárias para funcionar, criando um espaço propício para o desenvolvimento de negócios inovadores e técnicas experimentais dentro de critérios e limites especificados em procedimentos céleres e acessíveis (Burtet; Fontanela; Marocco, 2022, p. 227).

O Marco Legal das Startups, por sua vez, estabelece princípios e diretrizes que visam impulsionar o empreendedorismo inovador como vetor de desenvolvimento econômico, social e ambiental. Além disso, incentiva a criação de ambientes favoráveis a esse tipo de empreendedorismo, valorizando a segurança jurídica e a liberdade contratual como premissas para a promoção do investimento e do aumento da oferta de capital direcionado a iniciativas inovadoras.

Com base na necessidade de ambientes favoráveis, o legislador busca aplicar políticas públicas que otimizem e assegurem a efetividade das startups. A tabela a seguir destaca os principais ambientes inovadores previstos no Marco Legal das Startups:

Ambiente Inovador	Características
Startups de base tecnológica	Empresas cujo principal produto ou serviço é uma inovação tecnológica, com potencial de escala global, atuando em áreas como software, hardware, biotecnologia, inteligência artificial, entre outras.
Incubadoras e aceleradoras de startups	Espaços físicos ou programas que oferecem suporte, mentorias, conexões e investimentos para startups em estágio inicial, mantidos por empresas privadas, universidades, aceleradoras de negócios ou governos.
Ecossistemas de inovação	Conjunto de organizações e atores que compõem o ambiente de inovação em uma região, como universidades, empresas, investidores, governo, associações, comunidades de startups, entre outros.
Investidores anjo e fundos de investimento	Indivíduos ou empresas que investem capital em startups em estágio inicial, geralmente em troca de participação acionária ou de royalties futuros.
Comunidades de empreendedorismo	Grupos de pessoas que se reúnem para compartilhar conhecimento, experiências e recursos relacionados ao empreendedorismo e à inovação, estimulando a criação e o desenvolvimento de novos negócios.

Essas considerações demonstram que as biostartups, devido à sua extrema vulnerabilidade, devem ser fomentadas e desenvolvidas em ambientes inovadores. Isso proporcionará a efetividade do direito fundamental ao desenvolvimento, principalmente ao considerar que podem se beneficiar dos contratos de vesting, um novo modelo de remuneração e incentivo para fundadores e funcionários dessas empresas inovadoras.

3 ANÁLISE DO CONTRATO DE VESTING NAS BIOSTARTUPS: MAXIMIZANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um dos principais desafios do direito contemporâneo reside na preservação da liberdade contratual, e ao analisar o contrato de vesting o que se busca é proteger os interesses da sociedade empresarial. E, considerando que o direito fundamental à liberdade individual é um pilar numa sociedade democrática, sua aplicação deve ser avaliada à luz da efetividade dos direitos constitucionais.

De acordo com Toss (2001), assegurar os direitos fundamentais à liberdade individual não implica na liberdade contratual, que é uma extensão dessa liberdade, no qual esta possa ser exercida de maneira absoluta, sem levar em consideração os demais direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição. É por isso que, segundo a doutrina de Toss (2001), a intervenção do Estado nas relações contratuais se torna necessária para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, sem que isso viole os direitos individuais dos contratantes.

O contrato de vesting surge como uma ferramenta crucial para o avanço das startups de biotecnologia. Ele capacita empreendedores a atrair novos investidores, reduzindo riscos e assegurando estabilidade jurídica. Além disso, o vesting mantém talentos qualificados, oferecendo participação societária baseada em metas e resultados a serem alcançados. Esse mecanismo viabiliza que as biostartups obtenham os recursos financeiros e humanos necessários para acelerar sua inovação.

Nesse contexto, se comparado as outras empresas às startups de biotecnologia enfrentam riscos de mercado mais elevados devido à natureza inovadora e ao desenvolvimento tecnológico de seus projetos (Feilgelson, Nybo, & Fonseca, 2018) e, o contrato de vesting assume um papel fundamental, proporcionando estabilidade nas relações interpessoais.

Portanto, a gestão eficaz dos riscos é essencial para o sucesso das biostartups. Drucker (2002) enfatiza a complexidade e o alto risco envolvidos em projetos de base científica, destacando a importância de estratégias de gestão, sendo que o Marco Legal das Startups, ao consagrar o empreendedorismo como direito fundamental, trouxe um novo paradigma. Ele estabelece o vesting como uma ferramenta crucial para superar os desafios enfrentados pelas biostartups, otimizando o processo de desenvolvimento (Faleiros Junior, 2022).

É vital destacar que o vesting não implica em ganho de capital tributável nem configura vínculo empregatício (Alves, Bonotto, & Claudino, 2023), portanto essa ferramenta é essencial para atrair e manter investidores, garantindo o desenvolvimento esperado (Judice & Baeta, 2005) e a máxima efetividade dos direitos fundamentais deve

nortear interpretações e aplicação do vesting dentro das biostartups. Esse princípio é especialmente relevante para essas empresas, dada sua maior vulnerabilidade (Sarlet, 2008).

A harmonização de direitos fundamentais é crucial, não apenas no âmbito constitucional, mas também na aplicação concreta, visando aos objetivos do Estado Democrático de Direito (Figueiredo, 2019). A ponderação se torna essencial em casos de colisão de direitos, exigindo uma análise criteriosa das circunstâncias específicas (Steinmetz, 2001).

A biotecnologia, aliada à inovação e empreendedorismo, surge como uma força motriz do desenvolvimento econômico global. As biostartups, por sua natureza inovadora, representam um novo horizonte para o progresso econômico, impulsionando tanto países desenvolvidos quanto subdesenvolvidos.

Nesse contexto, o contrato de vesting surge como uma ferramenta estratégica e essencial para o desenvolvimento das biostartups no campo da biotecnologia, ao permitir a atração de investidores e a retenção de talentos qualificados, o vesting minimiza riscos e proporciona segurança jurídica aos envolvidos, impulsionando a inovação e o progresso tecnológico. O cenário de biostartups, especialmente na biotecnologia, é marcado por desafios e riscos consideráveis. A seriedade das pesquisas e o desenvolvimento tecnológico exigem confiabilidade e análises precisas para conquistar o investidor (Feilgelson, Nybo, & Fonseca, 2018). Nesse contexto, o contrato de vesting emerge como uma sólida base para as relações interpessoais.

A gestão adequada dos riscos é essencial para o sucesso dessas empresas (Drucker, 2002). A correta aplicação dos mecanismos de mitigação e o estabelecimento de planos de emergência são cruciais para evitar situações de risco empresariais.

E, com a incorporação do empreendedorismo como direito fundamental, o Marco Legal das Startups desempenha um papel fundamental ao garantir o vesting como uma ferramenta eficaz para superar os obstáculos enfrentados pelas biostartups (Faleiros Junior, 2022). Esta inclusão representa um marco significativo para o desenvolvimento do ecossistema empreendedor e inovador.

O princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais orienta as interpretações e aplicação do vesting, especialmente nas biostartups, onde a vulnerabilidade é mais acentuada (Sarlet, 2008). A harmonização de direitos fundamentais, aliada à ponderação em casos de colisão, contribui para uma aplicação justa e equilibrada dos princípios constitucionais.

Em última análise, a biotecnologia, associada à inovação e empreendedorismo, desempenha um papel fundamental no desenvolvimento econômico global. Essas empresas representam um segmento vital desse movimento, impulsionando o progresso e a inovação em diversos setores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a implementação do novo Marco Legal das Startups, foi incluído o direito fundamental ao empreendedorismo inovador, complementando o direito fundamental ao desenvolvimento econômico, esta adição tem um grande impacto na interpretação da legislação existente e na forma como as políticas públicas são aplicadas nas biostartups.

Feito essas considerações, o presente estudo analisou o contrato de vesting em relação à efetividade dos direitos fundamentais, destacando as divisões em duas dimensões. Na perspectiva subjetiva, o contrato de vesting é visto como uma forma de proteger os direitos fundamentais dos sócios e investidores das startups, incluindo o direito à liberdade contratual. Além disso, o contrato pode conter cláusulas que estimulam o desenvolvimento, empreendedorismo e inovação dos projetos, adotando práticas sustentáveis e responsáveis em relação ao meio ambiente e à sociedade, proporcionando segurança e transparência para todas as partes envolvidas. Já na dimensão objetiva, o contrato de vesting é visto como uma forma de promover a efetividade dos direitos fundamentais ao desenvolvimento e ao empreendedorismo inovador, reduzindo os riscos trabalhistas e tributários e otimizando o desenvolvimento da empresa para cumprir metas com forte impacto econômico e social no progresso da nação.

Após a análise, ficou evidente que o contrato de vesting foi plenamente aceito em nosso sistema jurídico, principalmente com os princípios estabelecidos pela Lei da Liberdade Econômica e pelo Marco Legal das Startups, consolidando a intenção de promover o ecossistema de startups no Brasil, criando um ambiente regulatório mais favorável ao empreendedorismo e à inovação, e incentivando a criação de novos negócios e soluções inovadoras, fortalecendo assim as biostartups.

Este estudo também destacou que as biostartups são empresas de extrema importância para a sociedade, desenvolvendo soluções inovadoras que podem ter um impacto significativo na saúde, alimentação, meio ambiente, entre outros. No entanto, enfrentam desafios e vulnerabilidades, como a escassez de recursos financeiros e a dificuldade em obter financiamento.

Neste contexto, a implementação do contrato de vesting nas biostartups emerge como uma ferramenta eficaz para promover os direitos fundamentais. Isso não apenas motiva os sócios e investidores, mas também contribui de maneira substancial para o crescimento da empresa por meio de metas claras e objetivas. Dessa forma, é possível impulsionar os direitos fundamentais ao empreendedorismo e à inovação, cumprindo o propósito estabelecido pela República de promover o desenvolvimento nacional, conforme previsto em nossa Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALVES, Alexandre Eli; BONOTTO, Ricardo Augusto; CLAUDINO, Miriam Costa. O CONTRATO DE VESTING NAS BIOSTARTUPS: RISCOS, DESAFIOS E PONDERAÇÕES. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, v. 8, n. 2, 2023.

AZEVEDO, J. C. R. **Inovação, startup e o direito**. São Paulo: Juruá, 2016.

BRASIL . Senado. Lei n. 13.874, de 19 de setembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasilia, 20 de setembro de 2019, ano 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. Senado. Constituição federal n. 88. **Diário Oficial da União**, Brasilia, 05 de agosto de 1988, ano 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Senado. Lei Complementar n. 10.406, de 09 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasilia, 11 de janeiro de 2002, ano 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. SENADO. Lei n. 13.243/2016, de 09 de janeiro de 2016. **Diário Oficial**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm. Acesso em: 3 out. 2023.

BURTET, Giani; FONTANELA, Cristiani; MAROCCO, Andrea de Almeida Leite. O sandbox regulatório no novo marco legal das startups e do empreendedorismo inovador brasileiro. **Conjecturas**, v. 22, n. 12. 215–234 p, 2022. Disponível em: http://www.conjecturas.org/index.php/edicoes/article/view/1520. Acesso em: 16 out. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2012.

DRUCKER, Peter F. **Inovação e espírito empreendedor**: prática e princípios. 6 ed. São Paulo: Thompson/Pioneira, v. 1, 2002.

FALEIROS JUNIOR, José Luiz De Moura . **Vesting Empresarial**: Aspectos Jurídicos Relevantes a Luz da Teoria dos Contratos Relacionais. 1 ed. Indaiatuba-SP: Foco, 2022.

FEILGELSON, Bruno; NYBO, Erik Fontenele; FONSECA, Victor cabral. **Direito das Startups**. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

FIGUEIREDO, Thiago. A técnica da ponderação na solução de colisões de direitos fundamentais . **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 30, p. 45-61, 2019. Disponível em: https://www.ibdco.com.br/rbdc-30/a-tecnica-da-ponderacao-na-solucao-de-colisoes-de-direitos-fundamentais. Acesso em: 22 set. 2023.

GAGGINI, Fernando Schwarz. **Manual dos Contratos Empresariais**: teoria e prática. Indaiatuba,SP : Editora Foco, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral das Obrigações. 20 ed. São Paulo: SaraivaJur, v. 2, 2023.

JUDICE, Valéria Maria Martins; BAETA, Adelaide Maria Coelho. **Modelo empresarial, gestão de inovação e investimentos de venture capital em empresas de biotecnologia no Brasil**. Rev. adm. contemp.. Curitiba, 2005, p. 171-191. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552005000100009&lng=en&nrm=iso>.Acesso em 22 set. 2023.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários a Lei de Liberdade Econômica** : Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (livro eletrônico).

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NOGAMI, Otto; PASSOS, Carlos Roberto Martins. **Fundamentos de Economia**. São Paulo: Terra Editora, 1994.

OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de; RAMALHO, Amanda Maia. O Contrato de Vesting. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 69. 184 p, julho 2016. pp. 183 – 200.

RAMOS, André de carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RESOLUÇÃO N. 41/128 DA ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS: Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento . Portal Dhnet de Direitos Humanos, 1986. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm. Acesso em: 8 out. 2023.

SALAMZADEH, Aidin et al. Institutional factors affecting the transformation of entrepreneurial universities. **International Journal of Business and Globalisation**, v. 14, n. 3, p. 271-291, 2015. Disponível em: https://doi.org/10.1504/IJBG.2015.068620. Acesso em: 22 set. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

TOSS, Luciane Lourdes Webber. O Limite Constitucional da Autonomia Privada: O Princípio da Solidariedade Social como Limite à Liberdade Contratual. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, Março 2001.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A LITERATURA TEMÁTICA: PESPECTIVAS PARA ATUAÇÃO EMPRESARIAL

ALVARENGA, Lucas Rezende Alvarenga [1]
BONOTTO, Ricardo Bonotto[2]
RAMALHEIRO, Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro[3]

O cumprimento da Lei nº 13.709/2018, ou conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, é indispensável no mundo atual, uma vez que a exibição de dados pessoais à era digital é cada vez mais difícil de proteger. O principal propósito da implementação desta jurisprudência é salvaguardar os direitos e liberdades fundamentais de liberdade e privacidade das pessoas singulares ou coletivas, de forma a garantir legalmente a uniformização das regulações e práticas que protegem os dados pessoais dos cidadãos. Neste contexto, este projeto de iniciação científica objetiva uma breve reflexão sobre a importância da LGPD e suas implicações nas empresas públicas e privadas, a fim de evitar conflitos e desavenças. A principal metodologia deste trabalho é a revisão bibliográfica e um melhor discernimento da LGPD e suas aplicações com o objetivo de executar uma breve reflexão sobre esta jurisprudência, manifestando a importância da LGPD para as empresas e a sociedade, provando as garantias constitucionais. do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira. A reflexão e a correta compreensão desta lei podem ser um mecanismo crucial para impossibilitar conflitos e consequentemente desafios onde o principal objetivo do trabalho é a revisão bibliográfica e a investigação documental.

Palavras-chaves: LGPD, Administração de Conflitos, Princípios, Liberdade e Mecanismos.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] . Graduando em Direito - lucas.alvarenga@uniara.edu.br
[2] . Doutorado - rbonotto@uniara.edu.br
[3] Mestre - gcdframalheiro@uniara.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Desde a década de 1960, quando cientistas do Instituto de Tecnologia de Massachussets (MIT) criaram um sistema de capaz de conectar computadores autônomos entre si, mas com independência para trafegar na busca por informações de modo independente, esse sistema, hoje denominado internet, vem evoluindo de modo rápido e contínuo e tornou-se um ambiente imprescindível em todas as relações humanas, pessoais e/ou profissionais (LINS, 2013).

Diante deste cenário altamente dependente de tecnologia da informação, inúmeros questionamentos são formulados acerca da segurança corporativa e de clientes (RAPÔSO et al., 2019). É neste contexto que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGDP), criada em 2018 e sancionada em 2020, torna-se uma ferramenta fundamental à prevenção e proatividade referentes à manutenção e privacidade de dados disponíveis na internet de todos os brasileiros, sejam eles pessoas naturais ou jurídicas, independentemente de onde se localizem. Ainda, que as informações coletadas do indivíduo e/ou empresa sejam tratadas corretamente por quem as detêm, de modo a garantir, indistintamente, a privacidade e confidencialidade dos dados obtidos (BRASIL, 2020; RAPÔSO, 2019; RUARO, 2022). Assim sendo, é imprescindível a adaptabilidade da administração empresarial aos princípios éticos e, também, aos princípios legais descritos na LGPD.

A temática Lei Geral de Proteção de Dados (LGDP) é essencial para as práticas do futuro pois seu desenvolvimento consequentemente, antes de tudo, é fundamental para o conhecimento aprofundado do contexto da organização profissional para o segmento de mercado e suas características e necessidades de novas normas e legislações relevantes a serem criadas e consideradas como obrigações contratuais além de "parceiros de negócios" entre fornecedores e funcionários, sendo assim, expectativas de clientes e investidores, em termos de organização interna nos processos de trabalho e definição de papéis e responsabilidades dos funcionários e empresa.

Esta é uma etapa muito importante, pois fornece uma visão mais ampla e geral da empresa/negócio como um todo, permitindo identificar as prioridades e os assuntos mais relevantes ou necessários para uma gestão qualificada de seus entes.

O ato jurídico de aplicação da LGPD é normalmente a etapa mais importante para uma empresa ou novo negócio e são definidas as estruturas de ações para apoiar os trabalhos de adequação das organizações funcionais de um comitê executivo, um time de privacidade e uma data office, além de estabelecer uma solução ampla de canais comunicativos entre a empresa e clientes, parceiros, colaboradores e demais dependentes.

A observação mais clara a documentar todo o processo de compreensão do contexto organizacional da aplicação da LGPD e a apresentação e armazenamento de evidências para comprovação e acompanhamento e/ou recuperação dos resultados desse procedimento se for necessário.

2 OBJETIVOS E METODOLOGIA

O objetivo deste artigo é promover uma reflexão sobre a LGPD e sua aplicabilidade nas instituições, Estados e empresas com o interesse de demonstrar as principais características e funções no ambiente de atuação.

O objetivo secundário foi de mensurar os aspectos legais da Lei 13.709/18 e apontar as possíveis normas e aspectos sociais perante os tratamentos dos usos e garantias da proteção do livre compartilhamento com consciência sobre dados pessoais de pessoas naturais ou jurídicas do ramo privado e público.

Este estudo, de cunho qualitativo, foi desenvolvido sob aspecto exploratório a fim de levantar dados e elementos que possam nortear o estudo, bem como atingir os objetivos da pesquisa. Para o embasamento teórico faz-se necessário pesquisa bibliográfica que segundo Severino (2002), é um acervo sobre informações de livros e artigos existentes sobre determinado assunto.

Foi realizada uma revisão integrativa da literatura com o propósito de explorar o contexto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no cenário empresarial, com foco nos artigos disponíveis no suporte de dados Google Acadêmico. Foram definidos alguns termos-chave relevantes para o tema da pesquisa, incluindo “LGPD”, “Lei Geral de Proteção de Dados”, “Proteção de Dados” e “Gerenciamento de Dados”. “Filtros especiais foram então aplicados na busca e os resultados foram limitados aos artigos da base Scielo. Os filtros de busca aplicados foram: - allintitle: lgpd fonte: scielo - allintitle: lei Geral de Proteção de Dados fonte: scielo - allintitle: proteção de dados fonte: scielo -

allintitle: gerenciamento de dados fonte: scielo - lei Geral de Proteção de Dados "fonte: scielo O resultado em um universo de 176 artigos. Após realizar as buscas com os filtros especificados, o pesquisador leu os subtítulos e resumos dos artigos encontrados. Nesta etapa foram excluídos artigos não diretamente relacionados aos temas LGPD, privacidade de dados e governança de dados. artigos duplicados também foram excluídos. Ao final do processo de triagem o pesquisador recebeu uma amostra de 19 artigos considerados relevantes para o estudo. Foi importante destacar que alguns artigos foram excluídos por seu conteúdo não estar alinhado ao assunto específico da LGPD e suas implicações.

A metodologia aplicada permitiu a seleção de uma amostra representativa de artigos sobre a LGPD de privacidade de dados e governança de dados no suporte de dados Scielo. Esta rigorosa seleção de artigos contribui para a qualidade e relevância da revisão integrativa da literatura e garante que apenas os estudos mais pertinentes sejam classificados na análise.

3 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

O cerne legal para o surgimento da LGPD resulta da necessidade de resgatar o compromisso das empresas com o indivíduo para a proteção dos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade bem como para o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa singular diretamente relacionado com o desenvolvimento do modelo de negócio da economia digital a qual, por sua vez, possibilitou o aumento na dependência dos fluxos informacionais de bases de dados inseridos no mundo globalizado.

As bases da LGPD remontam à proteção e garantia dos direitos humanos fundamentais, celebrados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, deste modo, um estudo da aplicabilidade dos conceitos, regras e sanções no descumprimento da lei faz-se necessário para a melhor governança de dados pessoais disponíveis por clientes, fornecedores e colaboradores/funcionários das empresas.

O ato jurídico da LGPD é formulada por bases e conceitos aplicados em outros Estados (países), onde os conceitos e regras são funcionais ao domínio de origem e quando introduzido no nosso Estado não teve uma análise clara das necessidades e conceitos regionais, por se tratar de um Estado amplo e com uma enorme diversidade cultural, as leis se tornou-se um conceito amplo de interpretação pessoal de cada

aplicador, assim, levando a ter uma aplicação de "classes" de empresas públicas e privados e seus determinados ramos a "formalizar" seus próprios conceitos e normas de aplicação jurídica em suas atividades.

As empresas têm vários conceitos e regras internas e para não sofrer a aplicação da LGPD (aplicação de multa simples pelo código civil), formalizaram em seus conceitos internos a aplicação rígida da LGPD ou não havendo uma aplicação correta sobre como tratar desse assunto pelo fato de ser amplo os seus conceitos.

De força artificial e geral, trazendo em consideração as especificidades de cada administração, cada setor de atuação e metodologias de adaptação à LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) deve focar em cinco pilares: Questões Legais; Segurança de Dados; Processos; Dados Pessoais; Resultados

Havendo possibilidade de uma abordagem que inclui esses cinco pilares fracassar, o processo de implementação da LGPD certamente levará a resultados insatisfatórios para ambas as partes (empresa e cliente). Embora no domínio jurídico sejam abordadas questões jurídicas, não só a Lei Geral de Proteção de Dados e o enquadramento civil da internet, mas também todas as demais normas gerais, auxiliares e reguladores que promovam o enquadramento adequado, a conveniência, o ajustamento dos prazos-alvo e durante na revisão dos instrumentos a equipe de procedimento, apoiando-se em parte em determinadas normas, aborda o ciclo de vida dos dados pessoais e as boas práticas no seu tratamento. Por sua vez, a equipe de segurança da informação, devidamente preocupada com os melhores sistemas e metodologias de proteção de dados pessoais, reforça a importância sistémica de todo o sistema de segurança da informação na organização.

As equipes das empresas trabalham juntas para desenvolver o quarto e mais importante elemento (pessoas) por meio de treinamento, mentoria e monitoramento do desenvolvimento das pessoas na organização, pois uma empresa é formada por pessoas.

O processo de cumprimento da LGPD tem sua base de proteção de dados em 4 fases, que se dividem em: Recepção; Implementação; Acompanhamento; Resultados finais.

A fase 1 (recepção de dados) também é chamada de Avaliação ou Inventário e visa determinar a maturidade das organizações com LGPD e FRESTA existentes. O

objetivo da fase 2 - após o levantamento das lacunas - é gerir correta implementação de um plano de ação elaborado, focando a urgência e o orçamento disponível. Nesta fase, são aceitas as soluções tecnológicas necessárias para cada pilar e sendo assim, na fase 3, será monitorado o DPMS (Data Protection Management System ou Sistema de Gestão de Proteção de Dados) criado nas fases anteriores, auxiliando as organizações a manter viva sua governança de dados, sanando dúvidas cotidianas e auxiliando no relacionamento da organização com autoridades estaduais e setoriais e detentores de dados pessoais, por fim na fase 4, que é o resultado final (confiança com a manipulação de dados). A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é uma lei brasileira destinada a regular o tratamento de dados pessoais por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, inclusive meios digitais. A LGPD foi aprovada em agosto de 2018 e entrou em vigor em agosto de 2020.

A LGPD estabelece uma série de direitos fundamentais aos titulares dos dados pessoais, tais como numerados: Direito de acesso aos seus dados pessoais; Direito de corrigir seus dados pessoais; Direito de apagar seus dados pessoais; Direito de restringir o tratamento de seus dados pessoais; Direito de se opor ao tratamento de seus dados pessoais; Direito à portabilidade de seus dados pessoais; Direito de revogar o consentimento para o tratamento de suas informações pessoais.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece diversas obrigações para os intermediários que lidam com o processamento de dados pessoais, com o objetivo de promover a proteção e privacidade dessas informações sensíveis. A legislação visa assegurar que o tratamento de dados pessoais seja realizado de forma ética e segura.

Uma das principais obrigações impostas pela LGPD é a necessidade de obter o consentimento dos titulares dos dados pessoais antes de qualquer processamento. Esse consentimento é fundamental para garantir que os indivíduos tenham ciência e controle sobre como suas informações serão utilizadas. Além disso, a LGPD exige que os intermediários informem de maneira clara e transparente os titulares dos dados pessoais a respeito do tratamento de suas informações. Essa transparência é crucial para estabelecer a confiança entre as partes envolvidas.

A segurança dos dados pessoais é outra obrigação fundamental prevista na LGPD. Os intermediários são responsáveis por garantir a proteção dessas informações,

adotando medidas adequadas para evitar vazamentos, perdas ou acessos não autorizados. A legislação também determina que os intermediários devem responder de forma eficaz às solicitações do Controlador de Dados, que representa os titulares dos dados. Isso implica que os intermediários devem cooperar plenamente com os pedidos de acesso, correção ou exclusão de informações pessoais.

A LGPD não se limita apenas a estabelecer obrigações, mas também prevê uma série de sanções para aqueles que desrespeitam a lei. Essas sanções têm o propósito de garantir o cumprimento das normas de proteção de dados. Entre as sanções estão advertências, multas que podem chegar a até 2% do faturamento da empresa, com um limite máximo de 50 milhões de reais por infração, e a possibilidade de suspensão de parte ou de todo o tratamento de dados pessoais.

Além disso, a LGPD proíbe o processamento de dados pessoais em locais que não garantam a proteção adequada das informações. Isso significa que os agentes envolvidos no tratamento de dados pessoais devem assegurar que as informações sejam armazenadas e processadas de forma segura, evitando riscos relacionados à exposição indevida desses dados.

Assim, a LGPD estabelece um conjunto de obrigações e sanções com o objetivo de promover a proteção dos dados pessoais e garantir que o tratamento dessas informações seja realizado de forma ética, transparente e segura. É fundamental que todos os envolvidos no processamento de dados pessoais estejam cientes dessas responsabilidades e cumpram rigorosamente as disposições da legislação.

Como visto, a LGPD é uma lei importante para proteger a privacidade das pessoas no Brasil. A lei estabelece uma relação de direitos e obrigações para os gestores e processadores de dados pessoais, com o objetivo de garantir que os dados pessoais sejam tratados de forma segura e transparente. Por isso é uma lei brasileira que regulamenta o tratamento de dados pessoais. Foi aprovado em 14 de agosto de 2018 e entrou em vigor em 18 de setembro de 2020.

A LGPD é uma das leis de proteção de dados mais avançadas do mundo. Ela estabelece uma série de princípios e regras que devem ser seguidas pelas empresas que tratam dados pessoais, como o consentimento, a transparência e a segurança dos dados e também prevê uma série de direitos para os titulares dos dados pessoais, como o direito

de acesso, o direito de retificação, o direito de eliminação, o direito à portabilidade e o direito de opções que tem sido bem recebida pelo mercado e tem tido um impacto positivo na proteção de dados pessoais no Brasil. Ela tem ajudado a aumentar a conscientização sobre a importância da privacidade e tem incentivado as empresas a adotarem medidas para protege informações pessoais de seus clientes e empresas que ainda estão em processo de implementação e é possível que ela seja regulamentada ainda mais no futuro. Porém, está já é uma lei que transformou a forma como as empresas e agências processam dados pessoais no Estado Brasileiro .

A LGPD é uma legislação intrincada e é importante garantir que as empresas que processam dados pessoais a cumpram. A ANPD, (Autoridade Nacional de Proteção de Dados), é o órgão responsável pela regulação e fiscalização da LGPD. Ainda está a ser implementado, mas já se podem observar alguns efeitos positivos. Por exemplo, as empresas estão cada vez mais conscientes da importância da proteção dos dados pessoais e estão tomando medidas para melhorar a segurança de seus dados. Além disso, os consumidores exigem cada vez mais a proteção dos seus dados e exigem mais transparência das empresas sobre a forma como recolhem e utilizam os seus dados.

As expectativas para o desenvolvimento da LGDP são positivas, pois a lei ajuda a criar uma sociedade mais desenvolvida digitalmente e segura, onde as pessoas tenham mais controle sobre os seus dados pessoais. A LGPD também incentiva as empresas e instituições a adotarem práticas mais responsáveis no tratamento de dados pessoais, o que leva a uma maior confiança do consumidor já que a LGPD é uma lei intrincada. No entanto, é importante que as empresas e os consumidores compreendam isto para colher os benefícios. A LGPD ajuda a criar uma sociedade mais digital e segura, onde as pessoas tenham mais controle sobre seus dados pessoais.

4 JURISPRUDÊNCIA FUNDAMENTAL NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O direito fundamental à proteção de dados é um dos pilares da legislação de proteção de dados pessoais garantido pela lei LGPD no Brasil. Este direito é essencial para garantir a privacidade e a segurança dos dados pessoais dos indivíduos, limitando a utilização e o processamento desses dados pelas organizações.

A LGPD é inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da associação Europeia e estabelece uma série de direitos fundamentais para os titulares dos dados que são as pessoas físicas a quem os dados pessoais se referem. Dentre esses direitos, destaca-se o direito de acesso, que permite que as pessoas tenham acesso claro e transparente às informações sobre como seus dados são tratados.

De acordo com a LGPD, as organizações devem garantir a proteção dos dados pessoais dos indivíduos através de medidas tecnológicas e organizacionais para evitar a perda de acesso não autorizado, destruição, alteração ou divulgação de tais dados. Além disso, as empresas devem obter o consentimento do titular dos dados para o tratamento dos dados e informá-los sobre a finalidade, duração e maiores detalhes do tratamento.

Outro direito fundamental previsto na LGPD é o direito de acesso aos dados pessoais, que permite ao interessado solicitar informações sobre quais dados são tratados e como são aplicados. Este direito permite que os indivíduos tenham controle sobre suas informações e, se necessário, exercem o direito de retificação caso percebam enganos ou inconsistências nos dados coletados.

Além desses direitos fundamentais, a LGPD também revela a necessidade das organizações tomam medidas de segurança para proteger esses direitos e sua própria qualidade institucional.

A base de dados de todos os cidadãos Importância destas informações para a atividade e política pública e transferência obrigatória de dados para o Estado (Brasileiro). A coerção, que muitas vezes envolve o tratamento de dados provenientes de autoridades públicas, é necessária. Aceitar o poder da informação das pessoas porque quando se referem a esse poder, os Estados podem utilizá-lo legalmente, isto é, "de forma controlada e transparente e processualmente", ou podem "utilizá-lo para oprimir indivíduos através de vigilância contínua e encoberta" e para fazer decisões que estão fora do escopo do processo e jurisdição e longe do controle da sociedade, retirando a lógica do conceito de Estado de Direito.

A legislação em vigor estabelece que, no caso de existir um modelo de tratamento de dados pessoais por parte das autoridades públicas, particularmente aquelas com poderes de polícia, diversas diretrizes devem ser rigorosamente observadas para garantir a proteção e a privacidade dos indivíduos cujos dados são tratados. Essas

diretrizes visam assegurar que o tratamento de dados pessoais seja realizado de forma responsável e ética, promovendo a autodeterminação informada e o exercício eficaz dos direitos dos titulares de dados.

Primeiramente, é fundamental que o tratamento de dados pessoais pelas autoridades públicas seja suficiente para atender aos fins essenciais ou garantidos. Isso implica a implementação de etapas de proteção que levem em consideração os riscos associados ao tratamento de dados pessoais, especialmente quando houver alterações nas finalidades relacionadas à sua utilização.

Além disso, o tratamento de dados deve ser limitado ao mínimo necessário, de modo a evitar a coleta e o processamento excessivos de informações pessoais. As características dos dados devem ser consideradas de forma a garantir que os titulares dos dados tenham o direito à autodeterminação informada e mecanismos eficazes para o exercício de outros direitos relacionados aos seus dados pessoais. A segurança e a prevenção desempenham um papel crucial nesse contexto. É fundamental que sejam estabelecidos sistemas de governança robustos que permitam o uso de técnicas capazes de inibir acessos não autorizados aos dados e prevenir danos aos titulares.

A utilização de dados para fins discriminatórios é expressamente proibida, assegurando a igualdade e a não discriminação no tratamento de informações pessoais. Outras medidas importantes incluem a implementação de medidas de transparência e responsabilização, permitindo que os cidadãos e as autoridades competentes exerçam controle sobre o fluxo de dados pessoais. Além disso, é necessário relatar os impactos do tratamento de dados antes que as informações pessoais sejam compartilhadas, promovendo a transparência e a responsabilidade no processo.

Logo, o tratamento de dados pessoais pelas autoridades públicas deve ser regido por princípios que assegurem a proteção da privacidade, a transparência, a responsabilidade e a igualdade, garantindo que o exercício dos direitos dos titulares de dados seja eficaz e que o tratamento seja realizado de forma ética e segura. Essas diretrizes desempenham um papel fundamental na preservação dos direitos dos cidadãos em um contexto de crescente digitalização e compartilhamento de informações pessoais.

O objetivo principal da proteção de dados pessoais na LGPD baseia-se no respeitar a privacidade garantindo os direitos fundamentais à privacidade honra, imagem

e privacidade e autodeterminação benéfica dos cidadãos que expressam o seu direito de controlar e proteger os seus dados pessoais e íntimos com liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião, direitos consagrados na constituição Brasileira.

O desenvolvimento económico e tecnológico e inovação com base na criação de uma situação de segurança jurídica em todo o país. A livre iniciativa, livre concorrência e proteção do consumidor através de regulamentos claros e aplicáveis para todo o sector privado e direitos sócio humanos, desenvolvimento da personalidade pundonor e exercício independente da cidadania.

A boa-fé no tratamento de dados pessoais é o princípio básico, sendo assim, é preciso refletir sobre questões como "Quais as finalidades para uso deste tratamento?", "É realmente necessário utilização de todos os dados solicitados?" e "Os cidadãos com quem vou compartilhar as informações?", sendo assim, estão alguns argumentos principais para efetuar as perguntas que qualquer pessoa poderá realizar quando quiser consultar os princípios e bases legais da LGPD, pois, o embasamento concreto da utilização dos dados pessoais tem relação com ato jurídico praticado entre as partes para os devidos fins.

No contexto do tratamento de dados pessoais, é imperativo observar uma série de princípios que orientam a conduta das partes envolvidas, visando à proteção da privacidade e à garantia dos direitos dos titulares. Esses princípios servem como diretrizes fundamentais para assegurar que o tratamento de dados seja realizado de maneira ética e transparente, promovendo a confiança e o respeito pela privacidade dos indivíduos.

Primeiramente, é essencial que o tratamento de dados pessoais seja realizado com a finalidade legítima, específica, clara e comunicada ao titular dos dados. Isso significa que o tratamento deve ter um propósito claro e definido, que deve ser informado ao titular, garantindo a transparência no processo. Além disso, o tratamento deve ser restrito a essas finalidades declaradas, sem a possibilidade de utilização subsequente de forma incompatível com as finalidades originais.

Esse princípio visa a assegurar que os dados pessoais sejam coletados e processados de maneira justa e que os titulares tenham ciência de como suas informações serão utilizadas. A transparência e a comunicação efetiva com o titular são essenciais para

que este possa exercer seu direito à autodeterminação informada, ou seja, tomar decisões informadas sobre o tratamento de seus dados.

Além disso, a observância rigorosa desses princípios é crucial para prevenir o uso indevido de dados pessoais e para garantir que o tratamento ocorra de acordo com os padrões éticos e legais estabelecidos. Respeitar esses princípios é, portanto, fundamental para promover a confiança entre as partes envolvidas e garantir que o tratamento de dados pessoais seja conduzido de forma ética e responsável.

Em síntese, os princípios de tratamento de dados pessoais, baseados na legitimidade, especificidade, clareza e comunicação com o titular, desempenham um papel crucial na proteção da privacidade e na garantia dos direitos dos titulares. A observância desses princípios contribui para a construção de um ambiente de tratamento de dados seguro, transparente e ético, fortalecendo a confiança entre as partes envolvidas e promovendo o respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos em um mundo cada vez mais digital.

O embasamento no artigo 5º da Constituição de 1988 tem como objetivo destacar os princípios e fundamentos fundamentais que motivaram a introdução da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no contexto jurídico brasileiro. O artigo 5º da Constituição estabelece princípios e direitos fundamentais que são essenciais para a proteção da dignidade e dos direitos dos cidadãos no Estado brasileiro. A incorporação da LGPD reflete o compromisso do Brasil em assegurar a privacidade, a igualdade e a segurança dos dados pessoais dos seus cidadãos, em conformidade com os valores consagrados na Constituição.

Os princípios do artigo 5º da Constituição, que garantem a igualdade perante a lei, a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, bem como a proibição de tortura e tratamento desumano, são fundamentais para a construção de uma sociedade justa e democrática. Eles estabelecem a base para a proteção dos direitos individuais e a preservação da dignidade humana.

A LGPD, ao se basear nesses princípios, visa garantir que os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país tenham seus direitos fundamentais respeitados no contexto do tratamento de dados pessoais. Ela procura assegurar que as informações pessoais sejam tratadas de maneira ética, transparente e segura, de modo a evitar práticas

que possam violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Além disso, a LGPD busca prevenir o uso indevido de dados pessoais e garantir que os cidadãos tenham o direito de controle sobre suas informações.

Assim, o embasamento no artigo 5º da Constituição de 1988 reforça a importância da LGPD como um instrumento legal que promove a harmonia entre a proteção da privacidade dos cidadãos e o uso responsável de dados pessoais no ambiente material e digital. A legislação busca garantir que ninguém seja privado de exercer seus direitos fundamentais e que a atuação da LGPD esteja alinhada com os princípios consagrados na Constituição, contribuindo para uma sociedade mais justa e respeitosa dos direitos individuais.

Quadro 1 - Fundamentos e princípios da LGPD

Finalidade	Realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.
Adequação	Compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento.
Necessidade	Limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.
Livre acesso	Garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais.
Qualidade dos dados	Garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento.
Transparência	Garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.
Segurança	Utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.
Prevenção	Adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.
Não discriminação	Impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

Responsabilização e prestação de contas	Demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Fonte: Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP (2015)

A abordagem adotada nos dados pessoais deve seguir uma série de critérios e situações específicas, determinados pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Essas diretrizes visam assegurar que o tratamento de dados pessoais ocorra de maneira ética, transparente e em conformidade com a legislação, respeitando a privacidade e os direitos dos indivíduos.

Em primeiro lugar, os dados pessoais só podem ser tratados quando há o consentimento do proprietário. Isso garante que os indivíduos tenham controle sobre suas informações pessoais e que o tratamento ocorra com o seu conhecimento e autorização. Em adição, o tratamento de dados é permitido para cumprir obrigações legais ou regulamentares do controlador. Essa disposição assegura que as empresas e organizações cumpram suas obrigações legais relacionadas ao tratamento de dados.

A administração pública pode tratar e compartilhar dados necessários à implementação de políticas públicas, desde que respaldadas por leis, regulamentos, contratos ou acordos. Isso garante que a ação do governo seja transparente e eficaz. Outra finalidade legítima para o tratamento de dados é a realização de estudos por órgãos de pesquisa, com a devida anonimização sempre que possível, preservando a privacidade dos indivíduos.

O tratamento de dados pessoais é permitido quando necessário para a celebração de contratos ou diligências preliminares relacionadas a contratos em que o titular seja parte e tenha feito tal solicitação. Os dados pessoais também podem ser tratados para o exercício regular de direitos em processos judiciais, administrativos ou arbitrais, de acordo com a legislação vigente.

A proteção da vida ou segurança física do proprietário ou de terceiros é uma finalidade legítima para o tratamento de dados pessoais, garantindo a segurança das pessoas. Em procedimentos realizados por profissionais médicos, serviços de saúde ou departamentos de saúde, o tratamento de dados pessoais é permitido para a proteção da saúde.

Os interesses legítimos do controlador ou de terceiros podem justificar o tratamento de dados pessoais, desde que não prejudiquem os direitos e liberdades fundamentais do titular, que devem ser protegidos. Por fim, a proteção de crédito, de acordo com as disposições das leis relevantes, é outra finalidade legítima para o tratamento de dados pessoais, permitindo avaliar a solvência financeira das pessoas.

Essas diretrizes garantem que o tratamento de dados pessoais ocorra de acordo com os princípios da LGPD, respeitando a privacidade, a segurança e os direitos dos titulares, ao mesmo tempo em que possibilita o uso responsável e ético de informações pessoais em várias situações legítimas e essenciais. A administração pública ou privada tem direitos e deveres para quando necessário atender os dispositivos das leis deverá observar todos os meios seguros e legítimos para assegurar os exercícios e obrigações nas suas funções.

A segurança informática e a segurança da informação são dois campos distintos, mas há demasiada sobreposição para causar confusão na compreensão de cada conceito. Esta postagem provê uma visão geral da segurança da informação versus segurança cibernética para que você possa tomar uma decisão informada sobre seu conhecimento e nível de proteção para sua organização do setor público ou privado.

Segurança da Informação inteligente sob demanda (também conhecido como InfoSec) é o processo de proteção de ativos de informação contra acesso, uso, modificação, divulgação e destruição não autorizados. Abrange todos os aspectos de proteção da confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados.

O objetivo da segurança da informação é ajudar as organizações a proteger a sua propriedade intelectual, dados de clientes, segredos comerciais, informações proprietárias e outros ativos (como recursos valiosos) contra acesso, uso ou divulgação por pessoas não autorizadas.

No mundo atual, impulsionado pela tecnologia, onde as pessoas partilham constantemente informações online através de e-mail, contas de redes sociais e muito mais, as empresas precisam de implementar um forte programa de segurança da informação para proteger os seus dados e prevenir a pirataria informática. Isso reduz o risco de perder a integridade do cliente e da marca na atuação.

A Cibersegurança é um ramo da segurança da informação que consequentemente, este último é mais amplo e abrangente como exemplo: Cibersegurança: inclui prevenção e proteção que só funciona no ciberespaço, ou seja, aquele conectado à internet ou a redes que conectam um computador (e outros dispositivos) a outro. Segurança da informação inclui prevenção e proteção contra todos os tipos de riscos existentes, sejam eles físicos ou digitais, controle de acesso de pessoas a sites, permissões de acesso a arquivos, registro de arquivos físicos entre outros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Está pesquisa teve como principal objetivo geral promover uma reflexão sobre a LGPD e sua aplicabilidade nas instituições, Estado e empresas com o interesse de demonstrar as principais características e funções no ambiente de atuação obtendo o embasamento nos resultados encontrados no decorrer do desenvolvimento da pesquisa pode se indicar que os principais objetivos propostos foram alcançados em sua exposição que almejou, por meio de estudos de artigos, leis e revistas para obter as principais características e resultados apontados no seu desenvolvimento conjunto com os aspectos legais da Lei 13.709/18 e apontar as possíveis normas e aspectos sociais perante os tratamentos dos usos e garantias da proteção do livre compartilhamento com consciência sobre dados pessoais de pessoas naturais ou jurídicas do ramo privado e público.

No decompor o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), constatou-se que empresas e institutos coletam dados pessoais, dados sensíveis e informações que, por sua natureza, solicitam o tratamento adequado e certo desenvolvimento de transparência na execução ou utilização no decorrer dos trabalhos.

Para certificar-se a lisura dos dados a LGPD padronizou os consentimentos legais que devem ser aplicados em caso de deturpação da finalidade ou utilização indevido durante a prestação de serviços, sejam para conclusões de tratamento de dados públicos ou privados. Em Vista Disso é necessário poder contar com as demais seguranças e o tratamento das informações especificadas pelas diretrizes legais em todo o território digital e material conta com diversas ferramentas destinadas a demonstrar o processo de coleta de dados de conformidade com as regras estabelecidas pela LGPD, assegurando-se que qualquer ato passe por procedimentos internos e políticas de

privacidade que necessitam da utilidade dos dados. Com o principal desenvolvimento das corporações e instituições públicas e privadas o cumprirem dos padrões da LGPD, sendo assim, teremos logo os atos mais específicos e mais obrigatórios com regulamentação a segurança da utilização do material (dados), concederá que empresas e instituições públicas e privadas que deverão antecipar, atualizar e potencialmente sempre reaver seus procedimentos nos termos LGPD que apresentam mudanças destinadas a intensificar a confiança (Boa - Fé) e fortalecer as condutas entre os agentes responsáveis e os entes (proprietários dos dados).

Ao explorar mais a fundo os aspectos necessária para funções do Estado, empresas e demais fundações são de características de atuação conveniente foi a descoberta do valor acrescentado das condutas por onde empresas privadas foram pioneiras nesses processos ao constituir o comportamento de reinvestimento de valor comportamental, que se abriu nas seguintes fases comportamentais como legítimos, comportamentos abastecidos, análises de dados e melhorias dos trabalhos. Neste procedimento, cria-se o valor de adicionado quando o dado produzido pelos usuários é transformado em dados de denominação rentáveis, que só são devolvidos ao utilizador sobre a forma de serviços adicionais, sendo assim, o possível andamento de melhorias no sentido de recolher mais dados, o que representa um ciclo de espoliação. Os proprietários dos dados se sentem alienados com os produtos ou serviço que estão sendo produzidos e somente a produção de informação competente faz o paradigma principal é extrair as informações essenciais para os padrões gerais desse processo de benefício para contribuição em todas as fases com intenção de utilização de dados pessoais, sendo assim, necessário a utilização da lei LGPD para ambas as partes obter um controle do uso dos dados pessoais nos mais diversos sistemas de aplicação material ou tecnológico e obtendo a Boa - Fé entre as partes.

Entre os principais destacamento, tem - se a verificar os aspectos legais da aplicabilidade da LGPD e dirimir possíveis conflitos gerados nas instituições e/ou empresas, discorrer sobre o uso adequado e o tratamento dos dados e apontar as possíveis responsabilidades do agente público ou privado sobre o mau uso dos dados; E constatando - se que os aptos e direitos fundamentais de liberdade e privacidade da pessoa natural ou

jurídica, a fim de assegurar juridicamente a padronização de regulamentos e práticas que protejam os dados pessoais dos cidadãos.

Ademais, os achados desta pesquisa científica são úteis para o desenvolvimento da aplicação da LGPD nos seus resultados após sua introdução no ano de dois mil vinte (2020), com a proposta de expressar os entendimentos e princípios para sua introdução nos seus ambientes de tratamentos públicos e privados nas mais diversas instituições e empresas.

Como contribuição social, os resultados obtidos demonstraram características fundamentais em desenvolvimento, pois a lei ajuda a criar uma sociedade mais digital e segura, onde as pessoas tenham mais controle sobre os seus dados pessoais, além de que a lei LGPD também incentiva as empresas e instituições a adotarem práticas mais responsáveis no tratamento de dados pessoais, o que leva a uma maior confiança ao usuário já que a LGPD é uma lei intrincada, para entanto, é importante que as empresas/instituições e os usuários compreendam isto para obter todos os diversos benefícios da lei LGPD que os ajudam a criar uma sociedade mais digital e segura, onde qualquer indivíduo tenha mais controle sobre seus próprios dados pessoais e leva para autodesenvolvimento cultural da sociedade.

Acerca das limitações presentes no desenvolvimento deste estudo científico ressaltam-se o aprofundamento teórico dos principais subtítulos abordados e uma análise de dados gráficos dos questionamentos da sociedade perante as necessidades surgidas em cada ramo que abordam ou utilização a LGPD de maneira técnica e habitual em seus ambientes de trabalhos.

Por fim, em relação às futuras investigações com referências a temática LGPD, recomenda-se o desenvolvimento de comparação da temática de seguranças públicas e privadas e aprofundamento dos possíveis novos princípios e fundamentos perante as características e demandas colocadas ao desenvolvimento futuro da introdução de demais normas, conceitos, por causa das novas tecnologias e comparação com a cibersegurança que vão depender de um contexto mais introdutório LGPD para segurar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e o desenvolvimento de contribuição de pesquisas de campos para ressaltar as principais demandas da sociedade com a temática..

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2005. Disponível em:

_____. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (Redação dada pela Lei 13.853, de 2019). Disponível em:

www.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm - Acesso em 03/04/2022.

_____. Autoridade de Proteção de Dados. Disponível em:

www.serpro.gov.br/lgpd/governo/quem-vai-regular-e-fiscalizar-lgpd. Acesso em 16/04/2022.

SEVERINO, A. J. Metodologia do Trabalho Científico. São Paulo: Cortez, 2002.

LIMA, V. H. P. LGPD Análise dos Impactos da Implementação em Ambientes Corporativos: Estudo de Caso. Trabalho de Conclusão de Curso - Pontifícia Universidade Católica de Goiás - Escola de Ciências Exatas e da Computação, Goiânia, 2020. Disponível em:http://revistas.faculdadefacit.edu.br/index.php/JNT – Acesso em 01/08/2023.

SÁ, Marcelo Dias LGPD Análise do Impacto da Nova Lei de Proteção de Dados Pessoais nas aplicações de Internet das coisas.: Aplicações mobile do governo, Brasília, 2019 – Disponível em:

https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/32040/1/MarceloDiasDeSa.pdf - Acesso em 01/08/2023.

LINS, Bernardo Felipe Estellita: A evolução da Internet, uma perspectiva histórica 2013 – Disponível em:http://www.belins.eng.br/ac01/papers/aslegis48_art01_hist_internet.pdf - Acesso em 01/08/2023.

LGPD gov 2020 – Brasil, 2020 – Disponível em:Lei nº13.709,14/08/2018:https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/o-que-muda-com-a-lgpd#:~:text=A%20LGPD%20%C3%A9%20a%20lei,partir%20de%20agosto%20de%202020. – Acesso em 01/08/2023.

RUARO, Regina 2022 – Disponível em: LGPD entenda a importância da lei para proteger seus dados: https://www.pucrs.br/blog/lgpd/ - Acesso em 01/08/2023.

O QUE MUDA COM A LGPD – Disponível em: O que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais? Dê um "giro" pela lei e conheça desde já as principais transformações que ela traz para o país

https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/o-que-muda-com-a-lgpd#:~:text=A%20LGPD%20%C3%A9%20a%20lei,partir%20de%20agosto%20de%202020. – Acesso em 01/08/2023

BNDES – Artigo: Lei Geral de Proteção de Dados Responsável, Luiz Augusto Fraga Navarro de Britto Filho (LGPD) – Disponívelem:https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/lgpd - Acesso em 01/08/2023.

Artigo: Princípios da LGPD - Disponível em:

https://www.cnmp.mp.br/portal/transparencia/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd/a-lgpd/fundamentos-e-principios – Acesso em 01/08/2023.

Artigo: A importância de conhecer a LGPD - Disponível em:

https://www.tjsc.jus.br/web/ouvidoria/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/a-importancia-de-conhecer-a-lgpd#:~:text=Em%20resumo%2C%20a%20LGPD%20inaugura,da%20personalidade%20da%20pessoa%20natural. – Acesso em 01/08/2023.

Artigo: Importância da LGPD – Disponível em:

https://lgpd.tcero.tc.br/importancia-da-lgpdc/ - Acesso em 01/08/2023.

Tabela 1: Fundamentos e princípios da LGPD. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP (2015). Disponível em < https://www.cnmp.mp.br/portal/transparencia/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd/a-lgpd/fundamentos-e-principios> Acesso em 07/10/2023.

Artigo - Dúvidas Frequentes sobre LGPD. Disponível em https://lgpd.ufsc.br/duvidas-frequentes/ Acesso em 07/10/2023.

NOVAS TECNOLOGIAS E A LEI 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA): PROPOSTAS PARA AUMENTAR SUA EFICÁCIA NA PROTEÇÃO DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

SANTOS, Adijovani Silva[1]

No Brasil do século XXI nos deparamos com um fenômeno cultural e social gravíssimo que aflige as famílias e a sociedade brasileira por séculos – A violência doméstica. A cultura machista e racista enraizada no seio da sociedade brasileira ao longo dos anos, herdadas da cultura europeia colonizadora, engessou a figura feminina como um objeto, moeda de troca, arranjos políticos e seres meramente reprodutores das proles da sociedade oligárquica ou da mão de obra indispensável aos negócios mercantilistas. O objetivo deste artigo é observar e questionar as Gestões de conflitos que estão sendo adotadas após a Lei Maria da Penha sancionada em 7 de agosto de 2006. Quais os desdobramentos após a sua aprovação e o que é preciso mudar para aprimorar seu cumprimento, visto que os dados estatísticos apurados são alarmantes. Para isso, investigamos as medidas legislativas e executivas adotadas para solução e contenção desse grave problema social que atinge diversas classes sociais. Frise-se que tal situação atinge os Direitos Humanos consagrados na Organização das Nações Unidas (ONU) e o princípio da dignidade da pessoa humana da Constituição Federal Brasileira (CFB). Para isso fizemos análise da Lei federal n. 11.340/2006, de dados estatísticos de entidades governamentais e não governamentais e sobre as gestões de conflitos adotadas para solucionar esse grave problema social, cultural, político e ideológico. Por fim, fazemos considerações para mudanças na Lei Maria da Penha para seu aperfeiçoamento e eficácia na sociedade contemporânea.

Palavras-chaves: Violência Doméstica. Lei Maria da Penha. Cultura Machista. Racismo. Feminicídio. Gestão de conflitos.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Graduado em Comunicação Social (Jornalismo) pela Universidade de Uberaba - MG (UNIUBE) (2010). Funcionário Público - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2013). Pós-graduado - Especialista em Docência no Ensino Superior pela Universidade de Uberaba - MG (UNIUBE) (2015). Bacharel em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos (FUPAC) de Uberaba MG (2020). Pós-graduado - Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera - PR (2023). Mestrando em Direito Profissional - Gestão de Conflitos pela Universidade de Araraquara - SP (Uniara) (2023 - 2025). assantos@uniara.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.340/2006 também conhecida popularmente como Lei Maria da Penha foi sancionada em 7 de agosto de 2006 pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Com 46 artigos distribuídos em sete títulos, ela cria mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a Constituição Federal (art. 226, § 8°) e os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro (Convenção de Belém do Pará, Pacto de San José da Costa Rica, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher).

Maria Lery da Penha Maia Fernandes[2], natural do Ceará, é farmacêutica e durante anos sofreu constantes agressões do marido. Em 1983, foi alvejada por um tiro de espingarda efetuado por ele. Ela sobreviveu, entretanto, ficou paraplégica. Ao voltar para casa, após alta do hospital, seu marido tentou matá-la novamente. Dessa vez, tentou eletrocutá-la. Naqueles tempos, quando denunciou seu agressor para as autoridades descobriu como a justiça brasileira tratava as mulheres vítimas de violência doméstica: com desprezo.

O Agressor nunca foi preso e aguardou o julgamento em liberdade. Maria da Penha lançou o livro "*Sobrevivi...posso contar*", em 1994, 11 anos após seu martírio, narrando as violências sofridas por ela e as três filhas. Determinada, acionou o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Estes organismos encaminharam seu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1998.

[2] Maria Lery da Penha Maia Fernandes (Fortaleza-CE, 1º de fevereiro de 1945) é farmacêutica bioquímica e se formou na Faculdade de Farmácia e Bioquímica da Universidade Federal do Ceará em 1966, concluiu o seu mestrado em Parasitologia em Análises Clínicas na Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo em 1977. O caso Maria da Penha é representativo da violência doméstica à qual milhares de mulheres são submetidas em todo o Brasil. A sua trajetória em busca de justiça durante 19 anos e 6 meses faz dela um símbolo de luta por uma vida livre de violência. Autora do livro *Sobrevivi... posso contar* (1994) e fundadora do Instituto Maria da Penha (2009**)**, ela ainda hoje fala sobre a sua experiência, dá palestras e luta contra a impunidade dessa violência que é social, cultural, política e ideológica, afetando milhares de mulheres, adolescentes e meninas em todo o mundo.

Em 2002, o caso de Maria da Penha finalmente foi solucionado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando o Estado brasileiro foi condenado por negligência e omissão. Assim, após 4 anos da denúncia, o Brasil foi obrigado a reformular suas leis e políticas em relação à violência doméstica. Em 7 de agosto de 2006, a Lei Maria da Penha foi sancionada. As mulheres venciam mais uma batalha pelos seus direitos e a sua dignidade. Após a sua criação houve aumento de 86% de denúncias de violência familiar e doméstica no Brasil.

O objetivo deste artigo é investigar o emprego de novas tecnologias e a gestão desse conflito que aflige a sociedade brasileira no século XXI. Como os órgãos públicos responsáveis pela sua aplicação atuam nos casos de violência doméstica. Através de pesquisas bibliográficas, estatísticas, projetos, análise de dados governamentais e organizações sociais, mensuraram como a violência doméstica afeta a sociedade, a cultura, a economia e a vida das famílias brasileiras. A violência doméstica é um fenômeno enraizado na cultura machista e racista histórica que fere os direitos humanos e os princípios basilares inseridos na Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 2023). Nas considerações finais refletimos sobre as Gestões de Conflitos, o uso de novas tecnologias adotadas e as mudanças possíveis para o aperfeiçoamento da Lei Maria da Penha.

2 Breve análise da lei 11.340/2006 e os tipos de violência contra a mulher

O Título I[3], disposições preliminares, esclarece em quatro artigos seus objetivos, os tratados e convenções internacionais, a quem a lei é direcionada, a criação de

[3] Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o

Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, a responsabilidade da família, da sociedade e do poder público para garantir às mulheres o exercício efetivo dos seus direitos. Já o Título II, da violência doméstica e familiar contra a mulher, está dividido em dois capítulos e três artigos. No artigo 5º, está configurado que a violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, dano moral ou patrimonial. Cumpre destacar, ainda, o artigo 6º que incisivamente dispõe que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos. No Capítulo II, das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, no artigo 7º, enumera em cinco incisos quais são as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher: I – Violência física, II – Violência psicológica, III – Violência sexual, IV – Violência patrimonial e V – Violência moral.

No Título III, há três capítulos, sete artigos e dispõe sobre a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, as medidas integradas de prevenção, atendimento pela autoridade policial e assistência social às vítimas. No Título IV, são quatro capítulos e 17 artigos, que tratam dos procedimentos processuais, atuação do Ministério Público, assistência judiciária e, em quatro seções, no Capítulo II, relaciona as medidas protetivas de urgência da Lei n. 11.340/2006. No Título VI, artigo e parágrafo único, há transição, as varas criminais ganham legitimidade no conhecimento e julgamento das causas de violência de gênero quando os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher não estiverem instalados.

Já no Título VII estão as disposições finais. Elencados em 13 artigos que autorizam a instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

---

exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput. Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

integrados a outros dispositivos nacionais, estaduais e municipais. Por exemplo, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde, casas-abrigo, delegacias, centros de educação e reabilitação para os agressores. Fundamental e relevante foi a inclusão de estatísticas de violência doméstica e familiar contra a mulher nas bases de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança. Contemplam ainda a previsão orçamentária para o cumprimento das medidas estabelecidas na lei. Outro avanço significativo foi que a violência doméstica praticada contra a mulher deixa de ser considerada como de menor potencial ofensivo conforme consta no art. 41, sendo vedada a aplicação da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais).

A Violência Doméstica é qualificada de diversas formas: Violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral. A violência física é qualquer ação contra a integridade ou a saúde corporal da mulher como: bater, espancar; empurrar, chutar, apertar; queimar, cortar, atirar objetos, sacudir e ferir. As violações sexuais, por sua vez, são ações que forcem a mulher a fazer, manter ou presenciar ato sexual sem seu consentimento, por ameaça, com emprego de força, constrangimento físico ou moral.

Entre os exemplos mais abomináveis é induzir ou obrigar ao aborto, a fazer sexo com outras pessoas, o matrimônio, a prostituição e a ver imagens pornográficas. Com o avanço das novas tecnologias e o seu uso para a prática de crimes, foi necessário ajustes na Lei Maria da Penha. Em 2018 a Lei nº 13.772, trouxe inovações quanto à violação da intimidade da mulher ao alterar a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez, ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado:

> Art. 1º Esta Lei reconhece que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e criminaliza o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Art. 2º O inciso II do caput do art. 7º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 3º O Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo I-A: "CAPÍTULO I-A - DA EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL - Registro não autorizado da intimidade sexual. Art. 216-B Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um)

> ano, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.".

A mais grave, complexa e de difícil comprovação das formas de violência doméstica é a psicológica[4]. São aquelas condutas que causam danos emocionais e prejudicam o desenvolvimento das mulheres, degradam, controlam suas ações, comportamentos, crenças, decisões, diminuem a autoestima, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, vigilância, isolamento, manipulação, perseguição, chantagem, insulto, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir, ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. Luciane Lemos da Silva, Elza Berger Salema Coelho e Sandra Noemi Cucurullo de Caponi (2007) esclarecem pontos determinantes em relação à violência psicológica e seus desdobramentos ao longo do tempo:

> A principal diferença entre violência doméstica física e psicológica é que a primeira envolve atos de agressão corporal à vítima, enquanto a segunda forma de agressão decorre de palavras, gestos, olhares a ela dirigidos, sem necessariamente ocorrer o contato físico. No estudo de Silva (2005), realizado com base na análise das entrevistas e dos registros de atendimento do CEVIC, dentre as formas de violência doméstica atendidas, contrariamente ao que sugerem as manchetes de jornais locais, a violência psicológica associada à violência física é a que mais se evidencia. Ainda assim, pode-se considerar a violência doméstica psicológica como uma categoria de violência que é negligenciada. Esta afirmação tem como base dois pilares. O primeiro refere-se ao que é denunciado nas manchetes dos jornais, que destacam a violência doméstica somente quando esta se manifesta de forma aguda, ou seja, quando ocorrem danos físicos importantes ou, mesmo, quando a vítima vai a óbito. Outro mito, apresentado reiteradamente pela mídia, é o de que a violência urbana é superior à violência doméstica, em quantidade e gravidade. Embora seja difícil entender a ocorrência da violência física sem a presença da violência psicológica, que é tão ou mais grave que a primeira, muitos artigos nem sequer citam a sua existência. Vale ressaltar que não está sendo, aqui, descartada a possibilidade

[4] Violência psicológica é toda ação ou omissão que causa ou visa causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa. Inclui: ameaças, humilhações, chantagem, cobranças de comportamento, discriminação, exploração, crítica pelo desempenho sexual, não deixar a pessoa sair de casa, provocando o isolamento de amigos e familiares, ou impedir que ela utilize o seu próprio dinheiro. Dentre as modalidades de violência, é a mais difícil de ser identificada. Apesar de ser bastante frequente, ela pode levar a pessoa a se sentir desvalorizada, sofrer de ansiedade e adoecer com facilidade, situações que se arrastam durante muito tempo e, se agravadas, podem levar a pessoa a provocar suicídio. (Brasil, 2001)

> da ocorrência da violência física sem que a violência psicológica a preceda, mesmo se constatando que a maioria dos casos demonstre o contrário.

As violações psicológicas ainda incluem fazer com que a mulher acredite que está louca, isolar de amigos e de familiares (um dos primeiros sintomas que acusam que a mulher está sofrendo violência doméstica), humilhar, xingar, ameaçar, amedrontar, tirar liberdade de escolha ou ação, controlar o que faz. Por exemplo, vigiar e inspecionar celular, computador, e-mails, redes sociais, impedir que trabalhe, estude e saia de casa.

Laura Frade[5], professora do curso de psicologia do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), explica que o resultado da violência doméstica para as vítimas pode se assemelhar ao que é gerado em campos de guerra:

> A pessoa que passa pelo processo de violência doméstica, quanto mais prolongado ele é, mais tem respostas ao que seria um estresse pós-traumático. Retirar alguém dessa situação significa que ela precisa conhecer o que é a resposta que ela apresenta. [O psicólogo] precisa ter conhecimento do grau de profundidade, saber se foi estresse agudo, crônico, e ela [vítima] vai precisar ser retirada desse contexto, criar uma rede de apoio, coisa que é cortada, pois ela se sente sozinha, abandonada, já que essa é uma das estratégias do agressor, e construir memórias que podem ser agradáveis.

Segundo Frade, os primeiros sinais de que a mulher está sofrendo violência doméstica são o afastamento e isolamento do círculo familiar e de amigos. Ela explica as situações que podem ocorrer: “Devemos ficar atentos quando um homem procura afastar a mulher da sua rede de proteção. Nesses casos, é comum observarmos que a mulher está frequentando menos as reuniões sociais, atendendo menos as ligações e demonstrando mais silêncio e tristeza”. Para as mulheres vítimas de violência doméstica mesmo com a Lei Maria da Penha é difícil denunciar esclarece a socióloga:

> Decidir por denunciar o agressor pode ser muito mais complexo para uma mulher do que os outros possam imaginar. Isso porque as mulheres tendem a colocar os interesses da família antes de si mesmas”. “A mulher até se inclui na situação, mas ela nunca é a prioridade. E - quase sempre - carrega a expectativa de que aquilo é passageiro e que ela poderá reverter a situação

[5] Psicóloga, advogada, mestre e Ciência Política e doutora em Sociologia. Atualmente trabalha com pesquisas na área de Violência Doméstica, emergências e desastres e os efeitos sobre a saúde mental e a sociedade. Implementando e testando novas metodologias de trabalho com equipes e grupos multidisciplinares

> sem precisar denunciar", observou. "O problema nisso é que muitas dessas mulheres não conseguem sair do ciclo de violência a tempo e, infelizmente, acabam sendo mortas pelos respectivos agressores.

O velho pensamento de que "em briga de marido e mulher, não se mete a colher" está ultrapassado e deve ser esquecido pela sociedade brasileira, defende Frade. A psicóloga afirma a importância da sociedade nas denúncias de atos de violência contra a mulher. Dessa forma, é preciso o engajamento da sociedade brasileira na proteção às mulheres através de movimentos sociais, campanhas, investimentos e debates voltados à conscientização de que uma mulher vítima de violência doméstica está correndo sério risco de morte (feminicídio), conforme esclarece Frade: "É fundamental que tenhamos consciência de que é preciso mudar a mentalidade e agir. Somos parte integrante nesse processo de mudança de cultura. Quanto mais nos posicionarmos, chegaremos mais perto de ser uma nação em que todos são respeitados".

A forma de violência doméstica patrimonial consiste nas ações ilícitas contra seu dinheiro fruto de seu trabalho, destruir o patrimônio, bem pessoal ou instrumento profissional. Configura ainda violência patrimonial impedir que a mulher trabalhe, controlar seu dinheiro, obrigar a prestar contas, queimar ou rasgar documentos pessoais e profissionais. A violência moral é qualquer ação contra a honra da mulher na sociedade. Por exemplo, com mentiras, ofensas, calúnia, difamação e xingamentos na presença de amigos e familiares.

Todas essas violências quando não combatidas progridem para o desfecho trágico do feminícidio. Diana E. H. Russell[6], escritora e ativista feminista, utilizou o termo pela primeira vez em 1976. A palavra feminicídio vem da junção de dois vocábulos: *femen* (mulher, em latim) e *Cidium* (ato de matar). O feminicídio ocorre quando o companheiro sentimental, ex-companheiro ou um desconhecido tira a vida da

[6] Diana E. H. Russell (Cidade do Cabo, 6 de novembro de 1938 — Oakland, 28 de julho de 2020) foi uma escritora e ativista feminista. Nascida e criada na Cidade do Cabo, África do Sul, ela se mudou para a Inglaterra em 1957, e depois para os Estados Unidos, em 1961. Nos últimos 25 anos, ela se envolveu em pesquisas sobre a violência sexual cometida contra mulheres e meninas. Escreveu numerosos livros e artigos sobre estupro (incluindo estupro marital), feminicídio, incesto, assassinos misóginos, e pornografia. Por The Secret Trauma, foi co-recipiente do prêmio C. Wright Mills em 1986. Também recebeu o prêmio de Heroína Humanista em 2001 pela American Humanist Association. Ela foi organizadora do primeiro Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas em março de 1976.

mulher porque acredita ser sua propriedade. Esse tipo de crime está apoiado na misoginia, ou seja, o ódio às mulheres e ao universo feminino.

O feminicídio está ligado à misoginia. O termo Misoginia vem do grego *miseó*, "ódio" e *gyné*, "mulher", é o ódio, desprezo ou preconceito contra mulheres ou meninas. Alguns exemplos de misoginia são o androcentrismo[7], a exclusão social, o patriarcado, a violência contra as mulheres, privilégios masculinos, discriminação e abusos sexuais, hostilidades e depreciação das mulheres. A misoginia está em textos antigos e mitológicos, principalmente, nas sociedades islâmicas com culturas religiosas e culturais radicais. Essas são as raízes preconceituosas e odiosas que afligem as mulheres do século XXI com a violência doméstica.

3 Dados estatísticos recentes da violência doméstica no Brasil e o uso de novas tecnologias no combate ao conflito

Em pesquisa realizada em 2022 pelo Instituto de Inteligência em Pesquisa e Consultoria Estratégica (Ipec) e Instituto Patrícia Galvão (IPG), com apoio do Instituto Beja revela que pelo menos metade dos brasileiros conhece ao menos uma mulher que sofre violência doméstica. As entrevistas foram realizadas por telefone com 1.200 pessoas (800 mulheres e 400 homens), com 18 anos ou mais, entre 14 e 24 de outubro de 2022. A pesquisa teve como objetivo compreender as experiências e percepções da população, com acesso a telefone, com foco na violência doméstica contra a mulher, sobre: canais de denúncia, redes de apoio, serviços e os programas de atendimento às vítimas. A violência física e a violência psicológica são as formas mais relatadas. Uma em cada dez mulheres declara ter sofrido violência sexual. Os principais conselhos às vítimas foram denunciar à polícia ou terminar a relação com o agressor. A principal reação da maioria dessas mulheres foi terminar o relacionamento.

[7] Androcentrismo é um termo criado pelo sociólogo americano Lester F. Ward em 1903,1 que diz respeito às perspectivas que levam em consideração o homem como foco e análise do todo. Tal conceito está intimamente ligado à noção de patriarcado. Todavia, o termo não se refere apenas ao privilégio dos homens, mas também a forma com que as experiências masculinas são tidas como as experiências de todos os seres humanos e consideradas como uma norma universal, tanto para homens quanto para mulheres. Vimos que você copiou o texto. Disponível em: https://magis.agej.com.br/conceitos-chave-do-feminismo-androcentrismo-patriarcado-sexismo-e-genero/

Para 58% dos entrevistados o apoio de amigos e familiares são os principais caminhos para as mulheres saírem da relação violenta. O apoio do Estado, da polícia ou justiça para 53% dos entrevistados é fundamental para as vítimas se protegerem do agressor. Para 48% deve ser garantida à mulher vítima de violência doméstica a assistência social e psicológica. Apurou-se que é preciso ampliar os serviços especializados, as políticas públicas e melhorar o atendimento às mulheres. Segundo a pesquisa, para 90% dos entrevistados, é necessário o apoio do Estado para que as mulheres se sintam seguras para denunciar os agressores e sair da relação conjugal violenta. A impunidade de homens que praticam violência é o principal fator para a prática desse crime na opinião de 85% dos entrevistados.

Outra preocupação da população é quanto às vítimas de cidades médias e pequenas. Defendem que são necessários investimentos e políticas públicas para possibilitar o acesso das vítimas de violência doméstica nesses locais ao atendimento de serviços especializados, serviços públicos de assistência, Delegacias da Mulher e acolhimento em unidades da Casa da Mulher Brasileira[8]. Os dados extraídos da Pesquisa Visível e Invisível (2023), do Instituto Patrícia Galvão / DataFolha, demonstra que 52% das vítimas de violência doméstica moram no interior e 48% em capitais ou regiões metropolitanas. Isso demonstra a importância de estender esses atendimentos às cidades do interior do Brasil.

A pesquisa mostra que 54% das agressões às vítimas ocorreram em casa, 18% na rua e 5% no trabalho. O perfil dos agressores revela que 31% são ex-cônjuges, ex-companheiros ou ex-namorados. Outros 27% são cônjuges, companheiros ou namorados. E, 8% são pais e mães. Em 2022, 35 mulheres foram agredidas verbalmente ou fisicamente por minuto no Brasil. Aproximadamente, em 2022, 51 mil mulheres

[8] A Casa da Mulher Brasileira é uma inovação no atendimento humanizado às mulheres. Integra no mesmo espaço serviços especializados para os mais diversos tipos de violência contra as mulheres: acolhimento e triagem; apoio psicossocial; delegacia; Juizado; Ministério Público, Defensoria Pública; promoção de autonomia econômica; cuidado das crianças – brinquedoteca; alojamento de passagem e central de transportes. A Casa, um dos eixos do programa Mulher, Viver sem Violência, coordenado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, facilita o acesso aos serviços especializados para garantir condições de enfrentamento da violência, o empoderamento da mulher e sua autonomia econômica. É um passo definitivo do Estado para o reconhecimento do direito de as mulheres viverem sem violência.

foram vítimas de violência doméstica diariamente. Isso é o equivalente a um estádio de futebol lotado. Por minuto, 14 mulheres foram agredidas com socos, tapas e chutes. Cerca de 18,6 milhões, ou 28,9%, sofreram algum tipo de agressão ou violência, segundo o IPG/DataFolha (2022), é o maior percentual da série histórica de seus levantamentos. Foi apurado que 6 milhões de mulheres sofreram ofensas sexuais, além das tentativas de forçar a manter relações sexuais.

Um dado alarmante é que 45% das vítimas de violência doméstica não tomaram nenhuma providência após sofrerem agressões graves. O medo de morrer, a dependência econômica do agressor, a perda da guarda dos filhos são os principais motivos para que as mulheres desistam de abandonar a relação violenta. Isso é muito comum nas cidades do interior. As mulheres comparecem às Delegacias e pedem medidas protetivas contra o agressor. O Ministério Público opina pelo deferimento das medidas e o Tribunal de Justiça na maioria das vezes defere. Geralmente, nas decisões judiciais, aplica-se as medidas de afastamento do lar pelo agressor, manter distância da vítima, não manter contato com familiares e a vítima, sob pena de prisão preventiva (artigo 24-A). Entretanto, não há determinação para que a vítima seja encaminhada a qualquer centro de apoio ou orientação de órgãos públicos como determina a Lei Maria da Penha, Capítulo II, da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, em seu artigo 9º.

A maioria dos municípios brasileiros não possui estrutura adequada para atender às vítimas de violência doméstica como nas capitais e regiões metropolitanas. O que ocorre é que essa vítima não recebe o apoio psicológico, jurídico, social, material e econômico necessário para sua sobrevivência e de seus filhos por parte do Estado. Elas têm que escolher entre a fome e a violência. Além, do descaso e do abandono por parte do Poder Público. Dessa forma, se vê obrigada a pedir a revogação das medidas protetivas e voltar ao relacionamento abusivo e violento. Tal situação dá ao agressor a sensação de poder e impunidade que pode culminar no feminicídio da vítima.

Por outro lado, a pesquisa Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil, edição 4, 2023 - Só mulheres, realizada pelo Instituto DataFolha e apresentada no Fórum Brasileiro de Segurança Pública 2023 desmistifica o imaginário popular de que a violência doméstica ocorre somente nas periferias e nas classes sociais menos

favorecidas, ou com mulheres que possuem menor escolaridade. Conforme a tabela a seguir podemos observar que as mulheres com curso superior sofreram mais agressões (28,6%) do que as com ensino fundamental (26,5%). A maioria nesse quesito (30,4%) possue ensino médio. No quesito, humilhação, insulto, ou xingamento (ofensa verbal) mais uma vez as mulheres com curso superior (23,9%) superam as com nível fundamental (19,1%) e as com nível médio são a maioria (24,9%). Por fim, no quesito amedrontamento ou perseguição as mulheres com curso superior (14,2%) superam as com ensino fundamental (13,5%) e as com nível médio (13,2%).

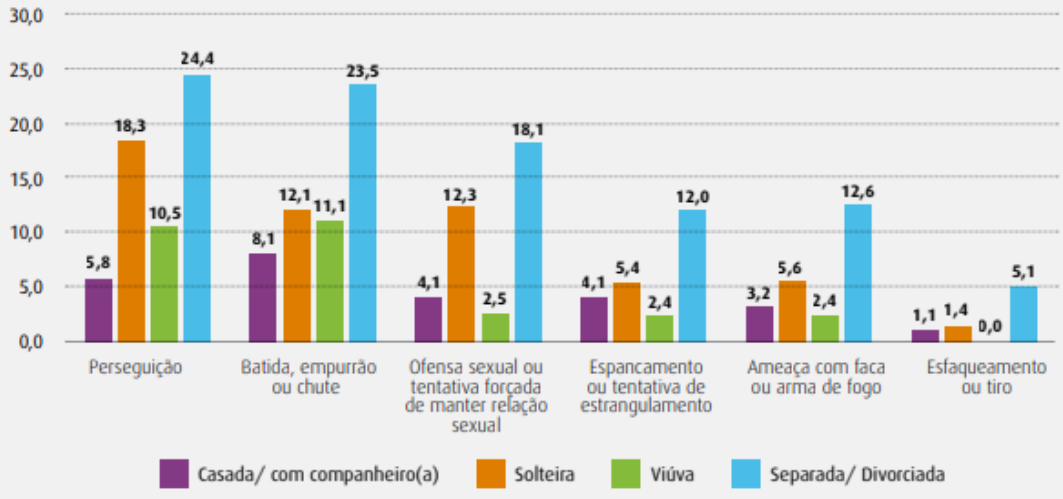
Tabela 10: Vitimização de mulheres nos últimos 12 meses, por escolaridade.

	Escolaridade		
	Fundamental	Médio	Superior
FOI VÍTIMA DE VIOLÊNCIA OU AGRESSÃO NOS ÚLTIMOS 12 MESES	26,5	30,4	28,6
Insulto, humilhação ou xingamento (Ofensa verbal)	19,1	24,9	23,9
Amedrontamento ou perseguição	13,5	13,2	14,2
Ameaça de apanhar, empurrar ou chutar	14,0	12,9	10,1
Batida, empurrão ou chute	14,6	11,8	8,2
Ofensa sexual ou tentativa forçada de manter relação sexual (algumas vezes as pessoas agarram, tocam ou agridem fisicamente e verbalmente outras pessoas por motivos sexuais)	9,4	10,1	6,8
Espancamento ou tentativa de estrangulamento	7,7	4,8	4,2
Ameaça com faca ou arma de fogo	8,3	4,9	2,5
Lesão provocada por algum objeto que lhe foi atirado	5,3	4,5	2,4
Esfaqueamento ou tiro	2,5	1,7	0,4
NÃO FOI VÍTIMA DE VIOLÊNCIA OU AGRESSÃO	72,9	68,9	70,5
RECUSA	0,7	0,7	1,0

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Instituto Datafolha. Pesquisa Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil, edição 4, 2023. Só mulheres, resposta estimulada e única, em %.

Na pesquisa Visível e Invisível, 2023, mostra também os dados de vitimização de mulheres por situação conjugal, conforme o gráfico a seguir.

Gráfico 8: Vitimização de mulheres nos últimos 12 meses, por situação conjugal.



Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Instituto Datafolha. Pesquisa Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil, edição 4, 2023. Só mulheres.

Em todos os quesitos (perseguição, agressão, ofensa sexual / tentativa forçada de manter relação sexual, espancamento ou tentativa de estrangulamento, ameaça com arma de fogo, esfaqueamento ou tiro) as mulheres separadas ou divorciadas superam as outras: casadas, companheiras, solteiras e viúvas. A perseguição às mulheres separadas e divorciadas é a de maior índice atingindo 24,4%. Isso se dá devido ao inconformismo, o ciúme, a sensação de perda da posse e domínio da mulher. Em seguida, 23,5% das mulheres separadas ou divorciadas sofreram alguma agressão (batida, empurrão ou chute), 18,1% sofreram ofensa sexual ou tentativa forçada de manter relação sexual, 12% foram espancadas ou sofreram tentativas de estrangulamento, 12,6% foram ameaçadas com faca ou arma de fogo e 5,1% foram vítimas de esfaqueamento ou tiro.

Na tentativa de diminuir essas estatísticas os órgãos estatais, organizações não governamentais, empresas, institutos, universidades e até particulares estão utilizando novas tecnologias para ajudar as mulheres vítimas da violência doméstica. O SOS Mulher[9] do Governo do Estado de São Paulo é um aplicativo gratuito (Android e iOS)

[9] O SOS MULHER é focado no apoio à mulher em situação de vulnerabilidade e tem como base três pilares: segurança, saúde e independência financeira. A plataforma é uma ampliação do projeto que foi iniciado em março de 2019 pelo Governo do Estado com o lançamento do aplicativo que permite que as vítimas de violência doméstica peçam ajuda para polícia apertando apenas um botão do celular por cinco segundos.Nesta etapa serão disponibilizadas orientações importantes sobre assuntos que visam garantir

que permite às vítimas de violência doméstica pedir ajuda à Polícia Militar. O aplicativo quando acionado através de um botão no celular localiza a viatura policial mais próxima e a envia para o local da ocorrência. Quando a vítima recebe medidas protetivas do Tribunal de Justiça pode baixar e se cadastrar na ferramenta virtual.

O Instituto AzMina[10] criou o aplicativo PenhaS, lançado em março de 2019, no Dia da mulher. Foi projetado com a colaboração de diversas mulheres engajadas na causa da violência contra a mulher. Dois anos após o lançamento da primeira versão, criaram a segunda com novas funcionalidades. O aplicativo PenhaS reúne informações sobre localização de delegacias da mulher, traça rotas até os pontos de acolhimento, possibilita à mulher vítima de violência conversar de forma anônima sobre as violências sofridas, produzir provas contra o agressor, fazer denúncias e outras situações que a coloquem em situação vulnerável.

O aplicativo "Todas Por Uma", foi desenvolvido em 2019 por Mateus de Lima, Lucas Chalegre e Salazar Salazaro. A iniciativa foi de Mateus, formado em Desenvolvimento de Sistemas, depois de presenciar violência doméstica contra sua mãe. O dispositivo, também chamado de NICE (nome da mãe de Mateus), permite que as vítimas de violência doméstica peçam socorro sem usar o celular. NICE pode ser instalada em brincos, colares e acessórios femininos sem que o agressor perceba. As conexões são feitas por Wi-Fi público. Dessa forma, a vítima pode ser localizada mesmo que o agressor retire os acessos à internet e outros meios de comunicação. Também é possível o envio da localização em tempo real da vítima para pessoas previamente cadastradas.

No Rio de Janeiro foi criado em 2020 o aplicativo “Maria da Penha Virtual” por alunos da Unirio e UFRJ. As mulheres vítimas de violência doméstica podem pedir medidas protetivas de forma rápida e segura através do aplicativo. O convênio com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possibilita que o pedido seja automaticamente

proteção em relação às principais formas de violência listadas na Lei Maria da Penha: física, psicológica, moral, sexual e patrimonial.

[10] O Instituto AzMina é uma organização sem fins lucrativos que luta pela igualdade de género. Produzimos uma revista digital, um aplicativo de enfrentamento å violéncia doméstica, uma plataforma de monitoramento legislativo dos direitos das mulheres, além de palestras e consultorias. AzMina tem diversos parceiros que financiam a estrutura institucional e de projetos. São recursos vindos de doações de fundações e pessoas físicas, editais e patrocínio a projetos. Também temos parceiros que prestam serviços probono. - Link para a matéria: https://institutoazmina.org.br/ -

recebido pelo juiz que terá o prazo de 48h para analisar o caso. Mais de 3,2 mil mulheres utilizaram o aplicativo para pedir medidas protetivas desde a sua criação. Em média, a cada quatro horas, no Rio de Janeiro, uma mulher registra um caso de violência no Maria da Penha Virtual.

Há outros projetos inovadores além dos aplicativos, como o uso de tornozeleiras eletrônicas por autores de violência doméstica no Rio Grande do Sul. O monitoramento é feito em tempo real através de um aplicativo de celular interligado ao sistema de segurança para prevenir feminicídios e alertar as mulheres e as forças policiais da aproximação do agressor. As tornozeleiras possuem travas de titânio e são feitas de polímero. Segundo a empresa suíça Geosatis, fabricante do produto, elas suportam mais de 150 quilos de pressão. Isso impede que o agressor tente cortar a tornozeleira. Ela também possui sensores internos que detectam qualquer tentativa de rompimento e enviam sinal de alarme para a central de monitoramento.

Em Brasília, na Câmara dos Deputados Federais, a Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher aprovou projeto de lei autorizando o monitoramento de acusados de violência doméstica por tornozeleira eletrônica. O texto do projeto estabelece que o poder público, para a execução da medida, deve garantir o acesso ao dispositivo às mulheres ofendidas para o acionamento imediato da polícia, caso sejam ameaçadas. Esperamos que a lei seja publicada o quanto antes, pois será mais um avanço no combate à violência doméstica no Brasil.

Podemos afirmar que a sociedade brasileira está engajada na luta contra a violência doméstica e o feminicídio. Entretanto, acreditamos que é preciso mais. Os avanços são significativos com a utilização das redes sociais, as novas tecnologias, o endurecimento das leis, projetos sociais, políticos e culturais. O feminicídio está ligado à misoginia. É preciso atacar essa cultura odiosa, racista e preconceituosa contra as mulheres que está enraizada na sociedade machista brasileira. Para CARNEIRO (2017) raça e sexo estão ligados às discriminações contra as mulheres negras construídas historicamente:

> Raça e sexo são categorias que justificam discriminações e subalternidades, construídas historicamente e que produzem desigualdades, utilizadas como justificativas para as assimetrias sociais, que explicitam que mulheres negras

> estão em situação de maior vulnerabilidade em todos os âmbitos sociais. No Brasil há um contingente de 53.566.935 mulheres negras, dentre uma população residente estimada em 201,5 milhões de pessoas. As mulheres negras são urbanas, rurais, lésbicas, transexuais, jovens, idosas, deficientes, com muita ou pouca escolaridade, em sua maioria com pouca renda. Segundo pesquisa realizada pelo IPEA (2013), em 2009, 51,1% famílias se declararam chefiadas por mulheres negras; mulheres negras recebiam 51,1% do rendimento das mulheres brancas; de cada cem mulheres negras chefes de família, onze estavam desempregadas, e entre as brancas este número era de sete. Entretanto, as mulheres negras, na última década, constituíram o grupo social que apresentou as taxas mais aceleradas de escolarização e apresentou melhor participação e desempenho do que os homens negros nos indicadores educacionais. Todavia, quando analisamos os dados de desemprego, rendimento e condições de trabalho, aparece com nitidez que os avanços educacionais das mulheres negras ainda não refletem a realidade do mundo do trabalho, que expressam a estratificação social. As barreiras realizadas pelo racismo e pela pobreza fazem com que mulheres negras vivenciem no seu cotidiano múltiplas formas de violências e estresses, como nas dificuldades de acesso aos serviços de saúde e na baixa atenção às especificidades da saúde das mulheres negras; pela retificação de estereótipos das mulheres negras; pela desvalorização da cultura e religiosidade africana; pelas violências produzidas pelas forças de segurança do Estado, do crime organizado e de milícias, sofrendo maior exposição às drogas; por serem as principais vítimas do tráfico de mulheres8, entre outras violações.

É inadmissível que em pleno século XXI as mulheres recebam salários menores que os homens para ocupar os mesmos cargos. Que as mulheres fiquem fora da política, ou que sejam assassinadas, quando assumem seus cargos públicos, por grupos de assassinos que tentam impor seu poder político sobre as minorias através da violência. Principalmente quando nos reportamos às mulheres pardas, negras e pretas. Nesse sentido BANDEIRA (2014) critica os assassinatos de mulheres e o aumento significativo desses atos ao longo dos anos:

> Em pleno século XXI, os assassinatos de mulheres continuam sendo praticados e têm aumentado, embora não sejam mais explicados oficialmente como crimes de honra. Paradoxalmente, não houve mudanças significativas em relação às razões que continuam a justificar formalmente a persistência da violência de gênero, ainda, centrando-se principalmente na argumentação de que a mulher não está cumprindo bem seus papéis de mãe, dona de casa e esposa por estar voltada ao trabalho, ao estudo ou envolvida com as redes sociais, entre outras. Pela abundância de atos recorrentes de violência, percebe-se que a ordem tradicional se ressignifica permanentemente, remodelando os padrões e os valores sexistas, porém, não os elimina. Logo, não há ruptura significativa nas estruturas antigas, as que ordenam e regem as hierarquias e os papéis femininos e masculinos na esfera familiar. Isto é, as concepções dominantes de feminilidade e masculinidade ainda se organizam a partir de disputas simbólicas e materiais, que operam no interior dos

> espaços domésticos e que, por conseguinte, acabam por se projetar a outras searas, sendo processadas em outros espaços institucionais.

As ideias racistas e patriarcais de domínio sobre as mulheres, os pretos, os negros e os pobres precisam ser extirpadas da sociedade brasileira. Não podemos afirmar que vivemos uma democracia, um estado democrático de direito, enquanto não superarmos essas questões raciais, políticas e culturais, muito menos, afirmar que somos um país emergente no cenário internacional. Para CARNEIRO (2017) estudos apontam que a justiça brasileira é seletiva quando se trata da população negra, pobre e das minorias:

> Muitos foram os estudos que demonstraram a seletividade racial da justiça brasileira, as dificuldades da população negra, das mulheres, moradores das periferias e favelas, da população LGBT entre outros para acessar o sistema de justiça. E dentro desse quadro, muitas são as denúncias de violações dos direitos das mulheres negras, e em razão da situação de impunidade e iniquidade permanente na sociedade brasileira, Geledés Instituto da Mulher Negra e Criola - Organização de Mulheres Negras produziram o dossiê A Situação dos Direitos Humanos das Mulheres Negras no Brasil, que foi entregue à Margarette Macaulay, Comissária Interamericana de Direitos Humanos da OEA, relatora sobre os direitos das mulheres e sobre os direitos de afrodescendentes da OEA, no mês de setembro de 2016. O dossiê busca chamar atenção e exigir respostas urgentes capazes de frear a exposição desproporcional de meninas, adolescentes, jovens e mulheres negras, lésbicas, transgêneros e heterossexuais, do campo e da cidade às diversas faces da violência. Pesquisas que demonstram a evolução histórica da violência na vida das mulheres negras, antes invisibilizada pela ocultação de dados sobre cor/raça nas informações – alguns apresentados aqui –, nos possibilitam avaliar como insuficientes as medidas adotadas, para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra mulheres negras, até o presente momento.

4 A Violência doméstica é um grave problema social, enraizado na cultura machista e racista brasileira e precisa de aperfeiçoamentos jurídicos, estruturais, funcionais, culturais e de gestão.

Apesar de todo aparato tecnológico voltado para a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica, acreditamos que é preciso políticas públicas, projetos sociais, educacionais, pedagógicos e culturais para sobrepor a cultura machista e racista que existe no nosso país. No quadro a seguir vemos as políticas públicas consideradas

importantes para o enfretamento à violência contra a mulher segundo as entrevistadas. A grande maioria (76,5%) acha muito importante punir de forma mais severa aqueles que cometem violência doméstica.

Todas essas reivindicações são válidas. As penas são ridículas. Não tem caráter pedagógico, ou sequer educativo. Pelo contrário, essas penas incentivam os agressores, devido à sensação de impunidade. Mas, de outro ponto de vista, do educativo, elas afetam o problema depois que a mulher sofre a violência. Precisamos de projetos que previnam, eduquem, conscientizem e estabeleçam uma nova cultura de proteção às mulheres na base de nossa sociedade. Também defendemos que os homens sejam tratados desse mal com terapias, ajuda psicológica, social, educacional, pedagógica e até mesmo espiritual. A religião, a filosofia e a espiritualidade fazem parte da existência humana. E, tudo é válido para acabar com esse terrível mal social que aflige a sociedade brasileira. Temos que acabar com o feminicídio no Brasil e todas as formas de violência contra a mulher.

Tabela 23: Políticas públicas consideradas importantes para o enfrentamento à violência contra a mulher segundo as entrevistadas.

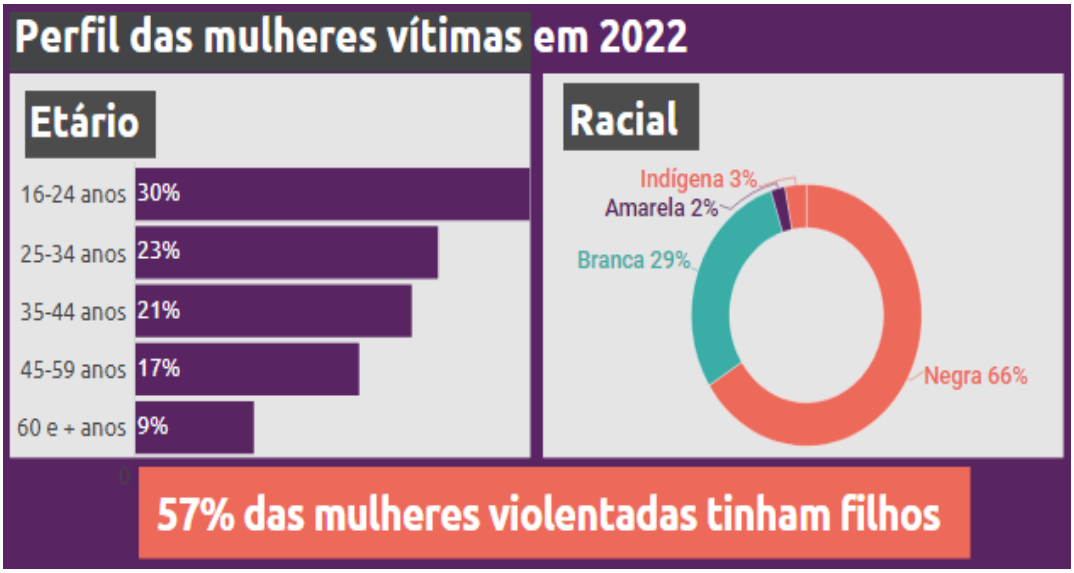
	Muito importante	Importante	Pouco Importante	Nada Importante
Punir de forma mais severa aqueles que cometem violência doméstica.	76,5	20,6	1,3	1,2
Ter alguém para conversar, como um psicólogo ou outro especialista em saúde mental.	72,4	26,0	0,9	0,4
Disponibilizar aplicativos de celular que permitam as vítimas de violência doméstica pedirem ajuda apertando apenas um botão no celular.	70,8	26,9	1,3	0,5
Oferecer suporte legal e serviços de ajuda, que orientem: como reportar a violência e como informar a polícia.	69,4	29,4	0,3	0,4
Ampliar a divulgação de campanhas sobre conscientização e denúncia de violência doméstica para homens e mulheres.	67,9	30,0	0,8	1,0
Garantir acesso a necessidades básicas para mulheres em situação de violência doméstica, como: casa abrigo, alimentação e vestimenta.	67,2	30,8	0,5	1,0
Disponibilizar mais informações sobre segurança, prevenção e direitos das vítimas.	67,0	31,1	1,1	0,6
A criação de vagas de trabalho específicas para mulheres vítimas de violência doméstica no mercado de trabalho.	63,7	32,6	2,1	0,9

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Instituto Datafolha. Pesquisa Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil, edição 4, 2023. Só mulheres.

Como veremos no quadro a seguir, chamam a atenção os números da violência doméstica contra as mulheres negras e pretas. Na pesquisa de 2022, o perfil das mulheres vítimas 66% eram negras, 29% brancas, 2% amarelas e 3% indígenas. As

mulheres na faixa etária de 16 a 24 anos correspondem a 30% e 25 a 34 anos a 23%, ou seja, as mais jovens sofrem mais com a violência, somando 53% do total. São estatísticas tristes e alarmantes que nos fazem refletir sobre o futuro das próximas gerações. Queremos uma sociedade fraterna e que homens e mulheres possam viver em harmonia. A família é a base de sociedade. E, o amor é uma dos fundamentos da existência humana. Nesse sentido RODRIGUES (2022):

> Nas relações sociais vivenciadas por essas mulheres negras, imersas nas questões relativas ao patriarcado, as questões de gênero e de raça, revelam as desigualdades, a dominação, a opressão e a exploração potencializadas pelo racismo. Essa relação de poder racista violenta opera como um condutor para a ampliação da situação de maior vulnerabilidade social dela na sociedade capitalista, que usufrui dessas opressões para sua manutenção, a exemplo, o trabalho doméstico não remunerado. Assim, as mulheres negras, desde seu nascimento, independente de sua classe social, irão sofrer desvantagens sociais diante das mulheres não negras, por serem pessoas negras. Como também irão sofrer as violências envoltas à questão de gênero que as mulheres negras e não negras vivenciam. Mas essa vivência diferencia-se de tal forma que as violências do racismo, do sexismo e da situação de classe social, entrecruzadas, invisibilizam essa mulher negra como pessoa, excluindo-a, subjugando-a, mas visibilizando-a como força de trabalho diante da ideologia colonial



Fonte: DataFolha – Vísivel e Invisível 2022

A pesquisa Visível e Invisível também apurou a vitimização das mulheres por raça / cor por assédio sexual. Mais uma vez, as mulheres negras (Preta + Parda), pardas

e pretas se destacam na pesquisa de 2023, em relação aos tipos de assédios sofridos e os números especificados. A tabela a seguir retrata tal realidade.

Tabela 22: Vitimização por assédio sexual, por raça/cor.

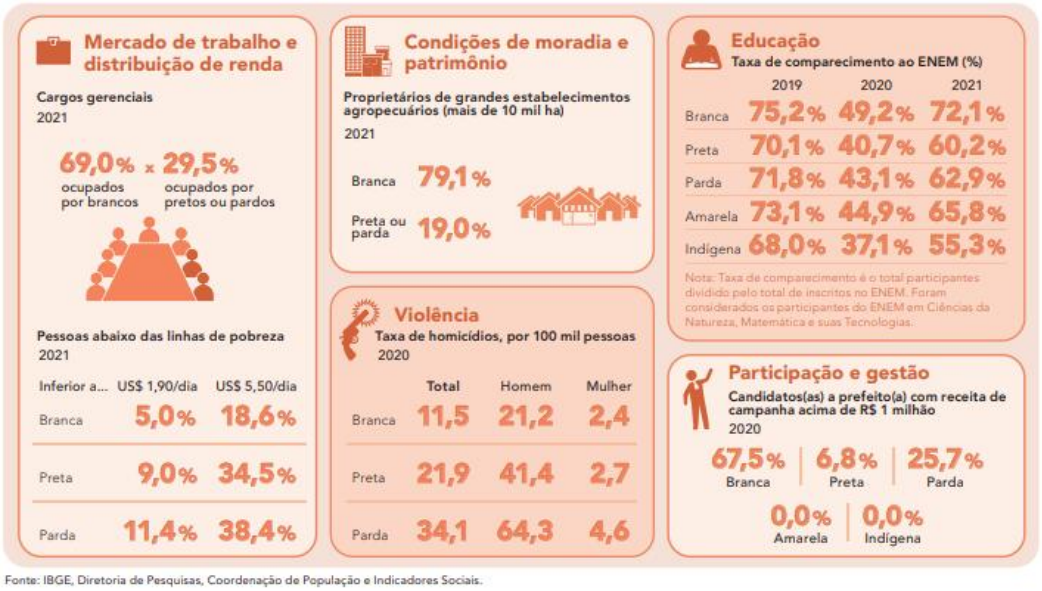
	Raça/cor			
	Branca	Negra (Preta+Parda)	Preta	Parda
FOI VÍTIMA DE ALGUM TIPO DE ASSÉDIO	42,2	49,1	52,3	47,9
Recebeu cantadas, comentários desrespeitosos quando estava andando na rua?	38,1	43,2	50,4	40,4
Recebeu cantadas ou comentários desrespeitosos no ambiente de trabalho?	17,2	19,3	26,2	16,6
Foi assediada fisicamente em transporte público, como no ônibus e metrô?	11,7	13,5	16,0	12,6
Foi abordada de maneira agressiva durante uma balada, uma festa, isto é, alguém tocou o seu corpo?	10,0	11,5	12,4	11,2
Tentaram aproveitar de você por estar alcoolizada?	5,8	9,3	6,7	10,3
Foi assediada fisicamente em transporte particular chamado por aplicativo de transporte, como Uber, 99 Táxi, Cabify e etc?	5,5	8,2	5,4	9,3
Foi agarrada / beijada sem o seu consentimento, isto é, à força, em qualquer situação?	7,5	5,7	6,9	5,2
NÃO FOI VÍTIMA DE ASSÉDIO	57,4	49,7	45,6	51,3

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Instituto Datafolha. Pesquisa Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil, edição 4, 2023. Só mulheres.

Na comparação entre a pesquisa de 2022 e a de 2023 nada mudou, como CARNEIRO (2017) destaca em seus estudos, tal situação está ligada ao racismo, ao conservadorismo e o machismo que impactam negativamente na vida das mulhres:

> Apesar de contarmos com políticas públicas voltadas para o enfrentamento à violência doméstica, os índices demonstram seu reduzido alcance para atuar na proteção e direto à vida das mulheres negras. Compreendemos que o recrudescimento do racismo, do conservadorismo e do machismo são elementos que impactam negativamente na vida das mulheres, em todas as regiões brasileiras. Buscamos agregar novos elementos que auxiliem a sociedade civil e também o poder público no desenvolvimento de ações que possam frear o avanço dos dados, e para esta empreitada buscamos parcerias que consideramos fundamentais para esta ação: os Centros de Referência da Mulher (CRMs) e Centros de Defesa e de Convivência da Mulher (CDCMs), além de mulheres atendidas nestes espaços. Neste caminho, consideramos imprescindível o diálogo resultado de entrevistas com as mulheres vítimas de violências domésticas e com as profissionais que atuam nos CDCMs e CRMs, pois percebemos como urgente a construção de novas ações e estratégias, quer sejam por parte do setor público como também pelos movimentos de mulheres e demais pessoas comprometidas com o tema, para a reversão da situação e ampliação da proteção das mulheres. Buscamos fugir da naturalização da divulgação de dados que simplesmente relatam as desigualdades, desvantagens e mortalidades para através da escuta das vivências, das dificuldades e dos desejos, arquitetarmos novos contornos para garantir o direito à vida de todas as mulheres.

As desigualdades sociais no Brasil colaboram para essas estatísticas repugnantes. Lamentavelmente, percebemos isso no nosso cotidiano. Pretos, negros, pardos e pobres são as maiorias nas penitenciárias. Apesar de alguns projetos de inclusão social e acadêmicos os números de pretos, pardos e pobres nas universidades, concursos públicos, cargos de destaque no serviço público e na iniciativa privada são ínfimos, principalmente, quando nos referimos às mulheres nessa condição. O quadro a seguir mostra as desigualdades por cor ou raça no Brasil, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)[11] de 2022.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais.

[11] As desigualdades raciais são importantes vetores de análise das desigualdades sociais no Brasil, ao revelarem no tempo e no espaço a maior vulnerabilidade socioeconômica das populações de cor ou raça preta, parda e indígena. Estudos realizados pelo IBGE, como a primeira edição deste Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil (2019) e a Síntese de indicadores sociais (2021) têm mostrado acesso desigual de distintos grupos populacionais a bens e serviços básicos necessários ao bem-estar (como saúde, educação, moradia, trabalho, renda etc.), enquanto muitos destes acessos são assegurados em direitos, pela Constituição Federal do Brasil, de 1988, e por leis. Mesmo com a implementação de programas de transferência de renda, a exemplo do Auxílio Brasil e, mais recentemente, dos programas emergenciais adotados em 2020, como o Auxílio Emergencial, bem como das políticas públicas voltadas à ampliação do acesso desta população a bens e serviços acima referidos, os maiores impactos sobre a população preta ou parda, por exemplo, não foram capazes de reverter as históricas desigualdades que mantém sua situação de maior vulnerabilidade socioeconômica. De fato, como analisado, apesar da população preta e parda representarem 9,1% e 47,0%, respectivamente, da população brasileira em 2021, sua participação entre indicadores que refletem melhores níveis de condições de vida está aquém desta proporção.

Para RODRIGUES (2022) a violência de hoje, principalmente contra as mulheres pretas e negras, foi herdada de uma colonização violenta, da escravidão e do patriarcado:

> Sendo assim, atender essa mulher negra e sua família nesse contexto de violência requer considerar a violência da colonização, da escravização. Logo, significa considerar o patriarcado, a classe, o racismo, tanto nas relações familiares como nas relações afetivas dessa mulher, e o saldo histórico negativo, com consequências atuais na sua vida pessoal e social. Assim, tentar compreender o que significa ser mulher negra em situação de violência envolve alcançar o enquadramento histórico compulsório de violências, barreiras sociais e suas violações objetivas e subjetivas. O que significa interseccionar a violência e seus danos. Logo, pensar em como não negar a construção da subjetividade da mulher negra, que foi historicamente negada e desqualificada durante os atendimentos no âmbito da Assistência Social, significa tornar perceptíveis os atravessamentos da colonização, do branqueamento, do patriarcado, do racismo e seus danos.

No Mato Grosso do Sul temos um bom exemplo no combate à cultura machista e racista contra as mulheres, o projeto "Maria da Penha vai à Escola". É um programa de ações permanentes e educativas para alunos e alunas das escolas públicas estaduais, desde 2015, através de palestras e debates, principalmente no mês de agosto quando ocorre a campanha Agosto Lilás. O projeto conta com diversos parceiros governamentais e não governamentais. Foi tão bem sucedido que surgiram outros: Maria da Penha vai à Igreja, Maria da Penha vai ao Campo, Maria da Penha vai aos terreiros, Maria da Penha vai aos bairros, Maria da Penha vai aos quilombos, Maria da Penha vai à feira, Maria da Penha vai à aldeia e Maria da Penha vai às empresas.

São projetos com várias vertentes e atingem diversos segmentos da sociedade. Essa é a filosofia que deve ser adotada para eliminar a cultura racista, machista e preconceituosa contra as mulheres brasileiras. Nesse sentido, estaremos investindo na educação, conscientização, valorização e respeito à figura feminina dentro de nossa sociedade. É com essas diretrizes que conseguiremos eliminar uma cultura violenta e grotesca que ainda persiste na nossa sociedade – tratar o sexo feminino como objeto insignificante. Esse país é construído por homens e mulheres. É uma questão de isonomia.

Quando nossas mulheres são assassinadas perdermos um ente querido, com papel fundamental na sociedade. As mulheres são responsáveis por movimentar vários segmentos da economia, gerando emprego, progresso e inovações no mercado. Entretanto, queremos mais, que o número de mulheres empresárias, cientistas, Mestras, doutoras, empreendedoras, inovadoras, influenciadoras, ativistas, políticas e revolucionárias cheguem a números inimagináveis transformando esse país numa verdadeira democracia.

O projeto do governo estadual do Mato Grosso do Sul foi tão bem sucedido que virou projeto de lei – a PL 3154/2019[12]. Foi enviado à Câmara de Deputados para análise e determina que todas as instituições de ensino do país terão que organizar campanhas de prevenção e conscientização da violência doméstica e familiar. A matéria foi aprovada no Senado. As instituições de ensino privadas e comunitárias também foram envolvidas no projeto de lei com destaque para o ensino médio. Segundo os parlamentares, é nesta fase que os adolescentes moldam sua personalidade e condutas sociais de gênero para a vida adulta.

O projeto ainda permite que os órgãos educacionais façam convênios e parcerias com instituições não governamentais, governamentais, empresas privadas e públicas, movimentos sociais, associações civis, movimentos sociais, conselhos de classe e de direitos. O que a sociedade espera dos congressistas brasileiros é celeridade. Que este projeto de lei não fique por anos aguardando andamento. A situação é grave e requer urgência em todos os sentidos, principalmente, quando envolve projetos sociais, educacionais, de saúde e segurança pública. É preciso mudar a Lei Maria da Penha e aumentar as penas para acabar com a sensação de impunidade no imaginário dos homens que praticam as diversas formas de violência contra as mulheres (CARVALHO; ROSADO, 2023).

[12] Projeto de Lei n° 3154, de 2019. Ementa: Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para dispor sobre programas de enfrentamento da violência doméstica e familiar em estabelecimentos de ensino. Explicação da Ementa: Altera a Lei Maria da Penha, para dispor sobre a realização de campanhas de conscientização e prevenção da violência doméstica e familiar, nas instituições de ensino públicas e particulares, com prioridade para o ensino médio.

5 Considerações Finais

A Lei Maria da Penha é uma vitória das mulheres na luta contra a violência doméstica e o feminicídio. Entretanto, acreditamos que precisa de incrementos como o aumento das penas, a criação de multas (cumuladas com as penas) e a obrigatoriedade dos agressores passarem por tratamento psicológico. As multas seriam voltadas para o financiamento de centros de acolhimento das mulheres, como a Casa da Mulher, em todo Brasil. É necessário o engajamento das autoridades no seu cumprimento, principalmente, no respeito à mulher quando resolve denunciar. O Poder Judiciário deve tratar a violência doméstica com a atenção voltada para a Constituição Federal Brasileira, com foco no princípio da dignidade da pessoa humana[13] e o direito à vida. O que vemos é um tratamento vulgar, omisso, preconceituoso e voltado para estatísticas.

Consideramos que houve progressos como a criminalização do registro não autorizado de imagens e vídeos íntimos de mulheres. Mas, isso faz parte do processo de evolução das novas tecnologias. O direito deve acompanhar essas mudanças e ser aperfeiçoado, entretanto, isso não acontece. Temos um Poder Legislativo moroso e burocrático. Nosso Poder Judiciário também é problemático. As decisões judiciais quanto à Lei Maria da Penha deixam a desejar. São omissas em relação aos cuidados com a saúde mental dessas mulheres ao não determinarem o seu encaminhamento para a rede de proteção ou atenção à mulher. Elas ficam sujeitas à própria sorte, sem apoio moral, financeiro, psicológico e social. Então, para não ver os filhos passarem fome e sobreviver aos desafios da vida, acabam voltando para os agressores. Isso lhes dá a sensação de poder e impunidade na prática de suas ações abjetas e pode culminar com o feminicídio da companheira. Do que adiantam as medidas protetivas sem essas premissas?

Por outro lado, nesse estudo, nos deparamos com algo mais grave: o racismo. Os dados apurados mostram como a violência doméstica atinge as mulheres pretas, negras e pardas. A Violência doméstica é um grave problema social, enraizado na cultura

[13] O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser entendido como a garantia das necessidades vitais de cada indivíduo. É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e tem sua previsão no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Assim, é fundamento basilar da República.

machista e racista brasileira. A Lei Maria da Penha precisa de aperfeiçoamentos jurídicos, estruturais, funcionais, culturais e de gestão. Também, ficou demonstrado que a violência doméstica atinge todas as classes sociais, independente do grau de escolaridade e do nível social das mulheres. Como, por exemplo, os casos noticiados na mídia, recentemente, de membros do Poder Judiciário praticando violência doméstica e até feminicídio. A violência doméstica atinge as mais altas castas da sociedade brasileira. Ficou evidente que a mais grave, complexa e de difícil comprovação das formas de violência doméstica é a psicológica. Justamente, porque ocorrem dentro dos lares, muitas vezes sem testemunhas.

Nesse sentido, percebemos o quanto é importante o uso das novas tecnologias no combate a essas violências obscuras e violentas. O uso dos aplicativos oferece às mulheres a possibilidade de denunciar essas torturas psicológicas e se libertarem de seus algozes. Também, podem registrar as ameaças, compartilhar e transmitir em tempo real para as pessoas de sua confiança. As tornozeleiras eletrônicas são mais ferramentas tecnológicas para preservar as vidas das mulheres. Os agressores não podem se aproximar sem que elas sejam alertadas e as autoridades acionadas em sua defesa.

A Lei Maria da Penha atende ao problema que já aconteceu – a violência. Nesse estudo partimos para outra vertente – a educação como forma de prevenção. Conforme apuramos a violência doméstica está enraizada na cultura machista, racista, herança do patriarcado, da misoginia e da colonização violenta do Brasil. Assim, para acabar com essa cultura negativa e grotesca é necessário investir na educação e preparar as novas gerações com uma nova cultura de proteção e valorização das mulheres. Isso só será possível se houver investimentos em projetos sociais, religiosos, educacionais, pedagógicos e culturais voltados para as escolas de base até as universidades. Nossa sociedade precisa de cidadãos e cidadãs conscientes de seu papel para o progresso desse país. Não podemos permitir que a violência doméstica e o feminicídio destruam nossas famílias.

Por fim, não queremos construir penitenciárias. Precisamos investir na educação para formar as novas gerações preparadas para o futuro. Nossa cultura jurídica penalista precisa ser combatida com uma legislação voltada para a educação e a justiça social. Nesse estudo abordamos as desigualdades sociais que ainda persistem na nossa

sociedade em pleno século XXI. Como podemos dizer que somos um Estado democrático de direito se pretos, negros e pardos vivem à margem da sociedade brasileira? Do que adianta termos uma Constituição Federal se não conseguimos cumprir o básico - assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social[14].

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Juliana. Lei Maria da Penha. **Toda Matéria**, *[s.d.]*. Disponível em: https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/ .Acesso em: 25 abr. 2023.

BEZERRA, Juliana. Feminicídio: o que é, lei, tipos e estatísticas. **Toda Matéria**, *[s.d.]*. Disponível em: https://www.todamateria.com.br/feminicidio/ . Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portal do Planalto, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. – Acesso em 27 abr. 2023.

BRASIL. **Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania** – Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/brasil-tem-mais-de-31-mil-denuncias-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar - Acesso em 25 abr. 2023.

[14] CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – Preâmbulo.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3154, de 2019**. Portal do Planalto, Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136992 .
– Acesso em 12 maio 2023.

CARNEIRO, Suelaine. **Mulheres Negras e Violência Doméstica: decodificando os números** - São Paulo: Geledés Instituto da Mulher Negra, 2017. Disponível em: https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2017/03/e-BOOK-MULHERES-NEGRAS-e-VIOL%C3%8ANCIA-DOM%C3%89STICA-decodifancando-os-n%C3%BAmeros-isbn.pdf – Acesso em 12 maio 2023.

CARVALHO, Jô de; ROSADO, Maria Emília Martins. **Violência doméstica e a ineficiência das medidas protetivas**. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, v. 1, n. 2, 2023.

FRADE, Laura. **Resultado da violência doméstica, na mente da vítima, pode se assemelhar ao que é gerado em campos de guerra.** Revista eletrônica Justiça em Foco é Brasília / DF - Disponível em: https://justicaemfoco.com.br/desc-noticia.php?id=134803&nome=laura_frade_resultado_da_violencia_domestica_na_mente_da_vitima_pode_se_assemelhar_ao_que_e_gerado_em_campos_de_guerra. Acesso em 08 jun. 2023.

GOVERNO DO RIO GRANDE DO SUL. **Estado implementa tornozeleiras eletrônicas para monitorar agressores de mulheres.** Disponível em: https://www.estado.rs.gov.br/estado-implementa-tornozeleiras-eletronicas-para-monitorar-agressores-de-mulheres - Acesso: 09 Jun. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil.** Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101972 - Acesso: 13 Jun. 2023.

INSTITUTO AZMINA. **Sobre o PenhaS – Aplicativo de combate à violência.** Disponível em: https://azmina.com.br/penhas-saiba-mais/ - Acesso: 09 Jun. 2023.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Lei 11.340 – Resumo da Lei Maria da Penha** – Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/resumo-da-lei-maria-da-penha.html - Acesso: 25 Abril 2023.

INSTITUTO PATRICIA GALVÃO - **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil** 4ª Edição (DataFolha/FBSP, 2023) – Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/visivel-e-invisivel-a-vitimizacao-de-mulheres-no-brasil-4a-edicao-datafolha-fbsp-2023/ - Acesso em 25 abr. 2023.

INSTITUTO PATRICIA GALVÃO – **Redes de apoio e saídas institucionais para mulheres em situação de violência doméstica no Brasil (Instituto Patrícia Galvão/Ipec, 2022)** - Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/redes-de-apoio-e-saidas-institucionais-para-mulheres-em-situacao-de-violencia-domestica-no-brasil-instituto-patricia-galvao-ipec-2022/ . Acesso em 02 Maio 2023.

INSTITUTO PATRICIA GALVÃO – **Violência em dados: por dia quase 51 mil mulheres sofrem violência** - Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/por-dia-quase-51-mil-mulheres-sofreram-violencia-no-brasil-em-2022/. Acesso em 25 abr. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres**. Nova York, 18 dez. 1979. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139389. – Acesso em 27 abr. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo facultativo à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres**. New York, 6 out. 1999. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/1999%20Protocolo%20Facultativo%20%C3%A0%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20contra%20as%20Mulheres.pdf – Acesso em 27 abr. 2023.

OLIVEIRA, D. D., & Leahy, Érika. (2020). **A influência cultural na disseminação da violência doméstica e pública contra a mulher**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 115, 611 - 622. Disponível em: https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v115p611-622 - Acesso em 25 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção de Belém do Pará. Belém, 9 junho 1944. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm. - Acesso em 27 abr. 2023.

RODRIGUES, Gislene. **Assistência Social e mulheres negras: um estudo pela perspectiva decolonial e interseccional sobre os atendimentos às mulheres em situação de violência doméstica no CREAS**. Brasília, 2022. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION et al. WHO multi-country study on women's health and domestic violence against women: initial results on prevalence, health outcomes and women's responses. World Health Organization, 2005. Disponível em: https://apps.who.int/iris/handle/10665/43309 . Acesso em 25 abr. 2023.

RETIFICAÇÃO DO NOME DE PESSOAS TRANS NO REGISTRO CIVIL: UM DIREITO À CIDADANIA

SILVA, Bruna Nascimento [1]
FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas [2]
BERALDO, Mariana Passos[3]
PASSOS, Débora[4]

[1]

Certo que as pessoas trans não têm as mesmas oportunidades sociaisvisto que, sofrem preconceitos, ocorrências que o colocam em uma maior vulnerabilidade para sofrer diferentes formas de violências. É sabido que, com o avanço da sociedade, mudam-se também as leis e as dinâmicas. Porém, há direitos universais e fundamentais já estabelecidos para toda a população como o princípio da cidadania. Locais que demandam a necessidade de apresentação de documentos com o nome de registro, acarretam situações de preconceito contra a população trans. Tendo em vista as dificuldades enfrentadas por essa população na garantia de seus direitos como cidadãos, o presente estudo analisou artigos que discorreram sobre o assunto para entender o processo evolutivo desse direito e compreender como as normas do direito geraram consequências para a vida destes indivíduos e seus marcos históricos. Para o trabalho, foi aplicado a metodologia indutiva, que tem como base um acontecimento empírico e como consequência gera reflexões, para posteriormente criar hipóteses e análise de dados e assim, ter uma interpretação do caso explorado. Deste modo, foi possível perceber que o nome social é um ganho para pessoas trans de maneira restrita, visto que, permite que o seu direito de cidadania seja assegurado. Contudo, pesquisadores mostraram uma desorganização que ocorre nas decisões judiciais sobre a mudança de nome como: a mistura de conceitos como sexo e gênero, a necessidade de laudos médicos para atestar que a pessoa é trans e os pedidos de testemunhas e perícia para reafirmar a aparência do cidadão. Sendo assim, na conclusão compreendemos que o judiciário não garante nenhuma conquista para a população trans, pois com todas essas obrigatoriedades reafirmamos o preconceito vivido diariamente por essas pessoas.

[1]Graduanda em Direito. Universidade de Araraquara. bnsilva@uniara.edu.br
[2] Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Instituição Toledo de Ensino, ITE, Brasil. carlos.fazoli@yahoo.com.br
[3] Doutoranda em Direito da Nova School of Law mpberaldo@uniara.edu.br
[4]Mestranda em Direito e Gestão de Conflitos. Universidade de Araraquara. dpassos@uniara.edu.br

Palavras-chaves: Direitos fundamentais; Registro no cartório civil; discriminação; Retificação do nome; cidadania.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

1 INTRODUÇÃO

A concepção de gênero, enquanto construção social, não é determinada, exclusivamente, pela genitália. O Sexo biológico é o determinado no nascimento através do que é possível ver pelos órgãos genitais. Já identidade de gênero é como a pessoa se vê no mundo, assim o sexo biológico e a identidade de gênero não são termos equitativos. Dessa forma, a pessoa transgênera (trans) é quem não se identifica com o seu sexo biológico. Portanto, um homem transgênero não se identifica com o sexo biológico feminino, e sim, com o masculino; e o mesmo ocorre com a mulher trans (SAFER; TANGPRICHA, 2019).

Neste contexto, há prerrogativa legislativa para equalizar a identificação do gênero com o nome social de cada indivíduo. Neste ínterim, destaca-se que em 2008 a mudança de nome na certidão de nascimento nos registros públicos para pessoas trans e travestis foi possibilitada pela Portaria nº 457. Entretanto era necessário que a pessoa já tivesse passado por cirurgia e comprovasse que estava sendo acompanhado por médicos.

Para alterar este quadro, a procuradoria Geral do Estado, em 2009, apresentou no Supremo Tribunal Federal solicitação para que fosse possível a alteração do nome e no registro civil com validade nacional mesmo que as mesmas não tivessem se submetido a procedimentos para realizar o processo transexualizador. Dessa forma, o poder executivo e legislativo se mostraram favoráveis às mudanças no registro civil para pessoas trans (BICALHO, CIDADE, 2017).

Sendo assim, a partir desse marco, é possível acontecer a mudança do nome de duas formas: a inclusão do nome social como se fosse um apelido no registro e que tem equiparação ao prenome, que é substituído mas continua nos documentos civis. E a outra forma é pela retificação ou correção no registro civil. A primeira forma irá depender do entendimento e aceitação do juiz, ou seja, desde que a lei foi criada era necessário autorização judicial, não era um ato simples no cartório. Essa opção não garante o direito a dignidade, pois há a mudança do nome e não do sexo, o que continua gerando desconforto e violências (BICALHO, CIDADE, 2017).

Outra mudança legislativa ocorre, em 2016, quando foi possível que pessoas trans pudessem se identificar pelo seu nome social, isso ocorreu através do Decreto de lei 8.727, de modo que em todo documento pode se colocar o nome social e é dessa forma que a pessoa será identificada legalmente. Entretanto, ainda conta em seus documentos o nome de registro (BRASIL. 2016). Então, com a possibilidade do nome social, a pessoa trans terá dois nomes: o do registro civil e o nome social. O nome do registro civil é o que está no registro, em documentos como certidão de nascimento, e foi colocado em seu nascimento. Agora o nome social é o nome escolhido pela pessoa trans e que está de acordo como ela se manifesta na sociedade e como ela se identifica (Amanda ALVES, 2018).

O trabalho tem como objetivo geral compreender melhor a trajetória dos direitos das pessoas trans no Brasil. E também, analisar quais foram os avanços na retificação do nome de pessoas trans ao decorrer do tempo.

Para realização do trabalho foi usado a metodologia indutiva, que tem como base um acontecimento empírico e como consequência gera reflexões, para posteriormente obter hipóteses e análise de dados e assim, ter uma interpretação do caso explorado (SUERTEGARAY, 2005). Existia uma pergunta que era preciso ser compreendida o que gerou hipóteses. Para a coleta e análise de dados foi realizada o levantamento de estudos nas bases de dados de pesquisa como, Portal de Periódicos da CAPES, SCieLO e Google Acadêmico. Para pesquisa foi utilizado palavras chaves: retificação do nome de pessoas trans, cidadania e pessoas trans, direito a saúde e registro civil. Foram encontrados os principais artigos da área para um estudo e compreensão do tema.

2 DESENVOLVIMENTO

Para que iniciar o debate proposto é necessário conceituar sexo, gênero e sexualidade. O primeiro, o sexo, são os órgãos genitais internos e externos. Já o gênero é como cada um se enxerga e se expressa no mundo que pode ser feminino, masculino ou não binário. O último conceito é a orientação sexual que é o gênero que cada pessoa se interessa romanticamente (COLEMAN et al., 2012).

Para compreender melhor a transexualidade é necessário entender que uma pessoa trans não se identifica com o sexo que foi designado ao nascimento e sim ao gênero

oposto. Sendo assim, uma mulher trans nasceu com o sexo masculino, mas se identifica com o gênero feminino. (ZERBINATI; BRUNS, 2019).

Ao decorrer das décadas a visão dos direitos individuais e coletivos sofreu modificações e, após a primeira e segunda guerra mundial e a guerra fria, o mundo começa a entender a importância da preservação dos direitos fundamentais. E como consequência é necessário pensar em políticas para que seja possível garantir esses direitos como, por exemplo, a saúde. No Brasil, após a ditadura militar, em 1988 é promulgada a Constituição Federal do Brasil que coloca a saúde como direito de todos e dever do Estado. Pois, anteriormente à Constituição a saúde era assistencialista e acessível apenas para pessoas com melhor poder aquisitivo (SANTOS; AVRITZER, 2020).

Na esfera internacional a saúde foi estabelecida como Direito Fundamental através de vários tratados como a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946. E o primeiro documento jurídico que conceituou a saúde foi a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), que coloca a saúde além de não estar acometido com uma patologia e sim ter bem estar. Então o direito à saúde é um pacto coletivo que é necessário que tanto de maneira individual quanto coletiva colaborem para que seja possível o bem estar. E para que esse objetivo seja alcançado é obrigação que as instituições do estado e a sociedade estarem comprometidas em compreender as demandas e realizar, de forma eficaz, políticas públicas para a garantia dos direitos fundamentais (ONU, 1948).

É importante ressaltar que a dignidade humana é um dos direitos fundamentais junto com a equidade e igualdade previstos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Em artigos na constituição é guardado o direito de organização da população para a implementação de políticas públicas para melhorar a saúde. E com Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 os pilares do SUS estão em concordância com a Constituição Federal de 1988 (CF) e seus pilares são universalidade, equidade, integralidade e fornecer os atendimentos de maneira gratuita (MISKOLCI; PEREIRA; 2019).

Dessa forma, há mecanismos para que esses direitos sejam garantidos como as diretrizes de participação do SUS ou as Conferências de Saúde. Entretanto, há limitações para a consolidação de alguns direitos e essas participações acabam ficando restritas a poucos grupos. Por esse motivo as garantias jurídicas são extremamente importantes, pois

protegem a democracia e a participação dos cidadãos em decisões importantes. De maneira que criam instituições e órgãos que inserem a participação social e como consequências levam a melhor realização de políticas públicas (AITH, 2017).

Como consequência da Lei orgânica do SUS, aconteceu a criação de conselhos para que fosse possível um canal aberto entre a população e o governo nas três esferas: federal, estadual e municipal. E a articulação foi através de conferências, fóruns para que fosse garantido o direito da participação popular. (BRASIL, 1990).

Para que seja possível que a democracia obtenha êxito é necessário pressão popular. Pois, a sociedade precisa estar atenta como os governantes legislam e defendem o interesse da população garantindo o pacto social. Então para que os interesses da sociedade sejam preservados é necessário que os canais entre a sociedade e o Estado estejam sempre abertos e atentos e quando essa comunicação falha ou os direitos e garantias ficam apenas no papel, pois será necessária à pressão popular como regulador do estado para que os direitos sejam garantidos (SEN,1999).

A transexualidade é objeto de estudo desde a década de 1950 e durante estudos nos anos de 1960, 1970 e 1980 foi feita a diferença entre pessoas transgêneras dos indivíduos homossexuais, sempre colocando pessoas transgêneras e homossexuais em uma categoria nosológica. Dessa forma na década de 1970, a transexualidade foi enquadrada uma disforia de gênero e o que levou a ter protocolos de tratamento e ao decorrer dos anos a transexualidade entrou no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM) (BENTO; PELÚCIO, 2012). E então a CID-10 tem a transexualidade caracterizado como transtorno identidade sexual (F64.0) e apenas em 2007 ocorreram manifestações para a despatologização da transexualidade e sua retirada do CID-10 (BENTO; PELÚCIO, 2012).

É importante ressaltar que o SUS é indispensável para a execução de políticas públicas, como a Política Nacional de Saúde (PNS) para as pessoas transgêneras. Essa politica tornou possível o tratamento hormonal para transgêneros de maneira gratuita e universal e também trouxe campanhas de combate à violência e discriminação contra a população LGBTQIA+. É importante ressaltar que os julgamentos morais e o legislativo sem dar suporte gera um maior desmonte do SUS, colocando em riscos direitos já

garantidos por lei das pessoas transgêneras (BRASIL, 1988; MISKOLCI; PEREIRA, 2019).

2.1 Articulações entre direito, violência de gênero e saúde e o Processo Transexualizador

A Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica 8080 de 1990 trazem a importância do acesso à saúde e a necessidade de que o acesso seja possível para todos. Assim, é colocada a regionalização e a descentralização para que sejam os princípios condutores do SUS no país (CARVALHO, JESUS, SENRA, 2017).

A população trans pode ter sua participação social garantida apenas em 2005 com a criação do Conselho Municipal de Atenção à Diversidade Sexual – CMADS, que em 2015 passou a ser o Conselho Municipal de Políticas LGBT – CMLGBT, e no ano seguinte o do Centro de Referência em Direitos Humanos e Combate à Homofobia – CCH, que dava suporte psicossocial e jurídico às vítimas de violência. No ano de 2018 o programa Transcidadania tem como características ser descentralizado e ter vinculação com quatro centros diferentes que dão apoio às pessoas LGBTI que sofrem violência. (LIMA, 2018).

Segundo Lima, Queiroz e Viana essa dissociação do poder de tomada de decisões em relação ao SUS faz com que essas responsabilidades sejam redefinidas para os governos Federal, Estadual e Municipal. Essa mudança tem como objetivo melhorar o alcance da democracia e autonomia para gestão de recursos de cada esfera. Assim, os poderes precisam estar alinhados para um melhor funcionamento, pois estão com a presença de política, organizações e a população que formam a regionalização (LIMA, QUEIROZ, VIANA, 2012).

Com a luta das pessoas trans para conseguir garantir seus direitos houve um novo conceito que os pesquisadores chamam de “ativismo judicial”. A definição está associado a situação do judiciário precisar intervir sob discussões na mudança de leis, que na teoria, é uma função do poder legisativo. E há discussão no caso de direitos das pessoas trans, visto que, o STF (Supremo Tribunal Federal) confirma a demora do Poder legislativo das bancadas legislativas para tomar atitudes legais sobre o assunto, o fazendo tomar atitudes e articular projetos. (BAPTISTA, 2021). Segundo pesquisadores o ativistmo judicial vem

no final do século XX e está atrelado a inconstitucionalidade para justificar as atitudes do judiciário para garantir a democracia. Sendo assim, é necessário que ocorra uma harmonia em entre a política e o direito, pois algumas vertentes acreditam que o papel do juiz não e apenas interpretar as leis que fossem criadas, mas também fazer com que essas leis sejam uteis na prática. (BAPTISTA, 2021).

O autor mostra que as decisões realizadas pelo STF sobre direitos da população trans não se enquadra no ativismo judicial, pelo motivo que, não realizavam novos direitos e sim garante direitos que estão na Constituição nos direitos fundamentais que são negligenciados por outro poder. Então ocorre o equilíbrio dos três poderes. (BAPTISTA, 2021).

Dessa forma, sobre a questão interpretativa há a visão do autor Dworkin (2002) que separa a interpretação em três etapas. A primeira é pré interpretativa, o momento que se compreende quais as normais se enquadram no caso, a segunda é a interpretativa que é o momento da aplicação da lei pela justificativa da decisão. E a última é depois da interpretação que ocorre o ajuste da justificativa com as normais colocadas. Dessa forma, quem interpreta é a pessoa quem faz a combinação das normas com o caso concreto, o que leva uma verdadeira interpretação. Como consequência é a garantia dos direitos e é pontuado a integridade da pessoa como um desses direitos. (BAPTISTA, 2021).

Bunchaft (2013, p. 289) entende que “a análise de conceitos interpretativos não pode ser descritiva, neutra e desengajada, pois a estrutura dos valores políticos não é física, mas normativa”, portanto, “justiça, democracia, dignidade humana não são autônomos nem conflitantes, devendo ser analisados de maneira integrada”. A autora procura analisar, à luz da teoria de Dworkin, como aliar unidade de valor na dimensão igualdade e liberdade no tocante a direitos de transexuais, a partir de decisões judiciais proferias pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Para Peres (2013, p. 295-299), em algumas das decisões. prevaleceu uma leitura moral da Constituição Federal que “que rompe com auto compreensões assimétricas de mundo”, em que “princípios constitucionais da intimidade, da honra e da dignidade da pessoa humana foram analisados “ ‘’ forma interdependente entre si, de forma a se unirem em uma rede harmoniosa” (BAPTISTA, 2021).

Dentre os direitos sociais da população trans, se destaca o direito à saúde e a decisão sobre o próprio corpo. É importante ressaltar que o SUS é indispensável para a execução de políticas públicas, como a Política Nacional de Saúde (PNS) para as pessoas transgêneras. Essa politica tornou possível o tratamento hormonal para transgêneros de maneira gratuita e universal e também trouxe campanhas de combate à violência e discriminação contra a população LGBTQIA+. É importante ressaltar que os julgamentos morais e o legislativo sem dar suporte gera um maior desmonte do SUS, colocando em riscos direitos já garantidos por lei das pessoas transgêneras (BRASIL, 1988; MISKOLCI; PEREIRA, 2019).

Rocon e colaboradores (2016) explicam o processo que pessoas trans irão passar, com suas individualidades, como transformações corporais, sendo a mudança do nome uma das etapas para encontrar sua identidade. Em 2011 a Portaria nº 2.836 de 01/12/2001 do Ministério da Saúde coloca em prática o uso do nome social sem preconceitos dentro do SUS. Porém, na prática pode não acontecer essa seguridade do nome social em ambientes de atendimentos de saúde, pois há estudos que mostram que pessoas trans sofrem preconceitos em situações que omitiram seu nomes sociais. E por medo de sofrerem essas violências muitos desistem de procurar atendimentos de saúde. (BRASIL, 2011; ROCON et al., 2016).

Dentre o rol de objetos da política de saúde para pessoas, destaca-se o procedimento de alteração de gênero. Como exemplo, cita-se o Processo Transsexualizador, um projeto no Ministério da Saúde, pela Portaria 1707 de 2008, com o objetivo que suas Diretrizes nacionais fossem implementadas pelo SUS em todo o país, sendo responsabilidade de cada gestão das três esferas. Porém há algumas questões importantes, como a patologização como transtornos de Identidade Sexual. Apesar de abordagens como cirurgia neocolpovulvoplastia como tratamento dos casos de transexualismo para mulheres trans, essas abordagens inviabilizam e ignoram as necessidades dos homens trans. (BRASIL, 2008). Mesmo com alguns pontos a serem discutidos foi um marco para o país, pois coloca a mudança corporal das pessoas trans como uma necessidade para a melhora da saúde. Esse Programa é um ganho de lutas judiciárias, organizações sociais sobre o olhar médico dos corpos trans e colocou em pauta para o Estado a saúde dessa população (ROCCON, et al 2017).

Com a Portaria 2803 de 2013 ocorreu a ampliação do direito para os homens trans. Foram incluídas no Programa Transsexualizador as cirurgias de mastectomia, histerectomia e neofaloplastia para atender a demanda dos homens trans (ROCCON, et al 2017). No texto dessa portaria há a mudança da palavra transsexualismo, por readequação sexual, e dando importância para algumas portarias importantes para a luta LGBTQIA+ como a de Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas,Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais de 2011 (BRASIL, 2013).

O olhar não ampliado do Projeto transsexualizador inviabiliza a prática dos direitos humanos inseridos na Constituição Federal de 1988, visto que não é pensado na saúde e direito reprodutivo dessa população. Nas políticas propostas pelo Ministério da Saúde não é discutido sobre o interesse individual de constituir um núcleo familiar. Contudo, talvez pelo pressuposto que o processo pode levar a esterilidade, esse assunto é negligenciado pelos profissionais de saúde. O motivo pode ser por falta de conhecimento sobre o assunto na formação acadêmica e quando não há conhecimento sobre um determinado assunto pode ocorrer um estranhamento. Essa questão gera uma preocupação para a população trans, como indagações de como será na maternidade. Por esse motivo é importante levar o conhecimento dos profissionais da saúde (ANGONESE; LAGO, 2017).

Rocon e colaboradores (2016) explicam o processo que pessoas trans irão passar, com suas individualidades, como transformações corporais, sendo a mudança do nome uma das etapas para encontrar sua identidade. Em 2011 a Portaria nº 2.836 de 01/12/2001 do Ministério da Saúde coloca em prática o uso do nome social sem preconceitos dentro do SUS. Porém, na prática pode não acontecer essa seguridade do nome social em ambientes de atendimentos de saúde, pois há estudos que mostram que pessoas trans sofrem preconceitos em situações que omitiram seus nomes sociais. E por medo de sofrerem essas violências muitos desistem de procurar atendimentos de saúde. (BRASIL, 2011; ROCON et al., 2016).

2.2 Importância do Registro Civil de Pessoas Naturais, o nome social e a retificação do nome

O registro civil se entrelaça aos Direitos Fundamentais e à cidadania, pois o Estado também precisa garantir os atos públicos em todo território. Sendo assim, o cartório está presente em diversos locais do país com a implementação da Lei / 13.484 de 2017 (RICCI, SILVA, 2020).

Através da previsão legal contida na Lei 13.484/2017 e Provimento nº 66/2018 do CNJ, os Cartórios de Registro Civil se tronariam Ofícios da Cidadania, por meio de convênios, podendo levar tais serviços até então inacessíveis à população destas cidades e distritos. Buscou-se assim uma forma de levar a presença do Estado para os locais em que este não se faz presente diretamente à população, bem como, a melhoria dos serviços onde já se encontram disponíveis. (RICCI, SILVA, 2020)

O autor mostra que o Cartório de Registro Civil tem como objetivo documentar os nascimentos, casamentos e óbitos, mas, para além dessas funções, há a responsabilidade de aproximar a população com o Estado. Visto que, é o local onde é possível garantir para as pessoas a cidadania e os direitos fundamentais, pois sem o registro é possível exercer seus direitos. (RICCI, SILVA, 2020)

É importante a definição do Conselho Nacional de Justiça que enxerga a certidão de nascimento como um documento que irá tornar legítimo a existência da pessoa na sociedade, tornando-o cidadão. É o principal documento, pois através da certidão de nascimento será possível obter vários outros documentos que possibilitam direitos. (RICCI, SILVA, 2020).

O que é importante destacar é que a certidão de nascimento não é um documento que será igual e linear para sempre. Pois, conforme o indivíduo for adquirindo direitos e tendo mudanças em sua vida, o seu registro civil também irá mudar com as averbações, como o Registro Geral (RG) e Cadastro de pessoa física (CPF) casamentos, divórcios e seu óbito. O autor destaca que as funções diárias do Cartório de Registro Civil não são apenas procedimentos pré definidos e sim a garantia de direitos fundamentais, como a cidadania, para a população. (RICCI, SILVA, 2020).

É evidente que nas atribuições do registro civil, há lugar de destaque par ao registro do nome. O nome para a sociedade é muito importante, pois irá interferir na

personalidade humana. É um apelido dado pela família, normalmente os pais, e leva a pessoa a participar das relações sociais como uma identificação única que também gera a reputação. (FARAH, 2006).

Com toda essa questão sendo debatida sobre os preconceitos vividos por pessoas trans e a possibilidade de mudarem seu nome, ocorreu o decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016, que " dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional" (BRASIL, 2016, art. 1).

O decreto ainda define o que é nome social, ou seja, o nome que pessoas trans e travestis são conhecidas socialmente. Também veda que possa ser usados nomes vexatórios e aceita que seja usado em qualquer órgão público em seus atos públicos e também em documentos. Há no decreto o direito que o nome social esteja em todos cadastros, fichas, prontuários de locais com administração pública. Dessa forma, a pessoa trans pode solicitar a inclusão do nome social em documentos, como o RG, a qualquer momento. (BRASIL, 2016).

Entretanto, Bento (2014), joga luz nessa questão do nome social. Pois, o nome social foi uma tentativa de diminuir as consequências do silêncio legislativo. Não existem leis que regulam a questão do nome de pessoas trans seja o nome no registro ou o nome social, a garantia ocorre em entidades públicas. Há uma falha, pois como há uma bancada conservadora que não compreende e aceita conversar questões de gênero automaticamente seus direitos são excluídos do debate. O que gera uma ambiguidade, pois pessoas trans são cidadãs e exercem suas obrigações, mas não tem seus direitos garantidos. (BENTO, 2014).

Outro questionamento colocado pelo autor é que o conceito de nome social é complexo, pois é como a pessoa é socialmente conhecida, ou seja, como ela se coloca diante do mundo e como o mundo a enxerga. Todavia, a lei vai regulamentar o convívio dessas pessoas socialmente em escolas, hospitais, bancos, as leis não irão garantir que pessoas trans existam nesses locais. (BENTO, 2014). Sendo assim, para que o direito igualitário a educação, saúde, bem estar, dignidade não precisa ser comprovado. A pessoa trans não tem que comprovar através de documentos quem ela é para garantir o seu direito a identidade de gênero. Não é correto que seja preciso andar com relatório médico ou uma

sentença para que terceiros digam se alguém é quem diz ser, vai contra todos os preceitos de igualdade e liberdade. (BENTO, 2014).

A alteração do nome, em tese, não pode ocorrer, exceto por emenda ou acréscimos. Há causas necessárias, como reconhecimento de paternidade após o registro, e as causas voluntárias, que seria o casamento, que estão atreladas ao prenome. Em caso de retificação, é possível quando ocorre erro de escrita, casos vexatórios, ou ter um apelido público e conhecido por todos, dentre outras situações possíveis. (FARAH, 2006).

Entretanto, para pessoas trans não era possível a alteração do nome pois não havia preceito legal para o ato. Foi a partir de 1995, com o Projeto de Lei n. 70- B que solicita a possibilidade de mudança do nome no registro civil, que esta ação ganhou subsídio legal. Entretanto, apenas a partir com a apresentação de comprovação que foi realizada a cirurgia de resignação. No projeto de lei ainda é citado o Código Penal Brasileiro que afirma que a realização do procedimento não seria considerado lesão corporal. Ilustra a grande discussão e batalha de direitos mínimos das pessoas trans, como saúde, educação. (BRASIL, 1995)

Ainda no projeto de lei é colocado como obrigatoriedade de ter na carteira de identidade o seu gênero trans para que outras pessoas não relatem terem sido enganadas pelos Estado. (BRASIL, 1995) Ou seja, terceiros decidindo o que o outro entende de si. O Estado aceita que a medicina diz, o que a sociedade diz, mas não admite o que a própria pessoa diz de si. Sendo assim, o sexo não tem definição na área jurídica e usa termos antigos, como o conceito do século XIX que está atrelado a moralidade da época. Uma visão binária de homem e mulher que exclui tudo que não se enquadre os estereótipos pré definidos socialmente ao longo do tempo. E mesmo não obtendo novos conceitos e auxílio para compreender as pessoas trans é o judiciário que decide como será o futuro dessa população e se entrelaça com o parecer médico para decidir a retificação dos nomes no registro civil. (SOUSA, 2015).

E sem harmonia nas decisões judiciais ainda era decidido o que seria feito com os corpos alheios, mesmo com o direito a individualidade, na teoria, ser um direito garantido na Constituição Federal. E a partir de 2003 pessoas trans tiveram a possibilidade de tentar a mudança do nome, com várias condições. Então é necessário que a pessoa

comprove através de laudos médicos que a cirurgia de resignação ocorreu dentro das normas do Conselho Federal de Medicina. (SOUSA, 2015).

A autora coloca um julgado que foi obrigatório perícia médica para a constatação do procedimento para que ocorresse a mudança no nome. E explicou em seu estudo de 2007 que de 43 julgados de justiças na esfera estadual 20 não aceitaram a retificação do nome. (SOUSA, 2015).

O autor mostra que as decisões realizadas pelo STF sobre direitos da população trans não se enquadra no ativismo judicial, pelo motivo que, não realizavam novos direitos e sim garante direitos que estão na Constituição nos direitos fundamentais que são negligenciados por outro poder. Então ocorre o equilíbrio dos três poderes. (BAPTISTA, 2021).

Dessa forma, sobre a questão interpretativa há a visão do autor Dworkin (2002) que separa a interpretação em três etapas. A primeira é pré interpretativa, o momento que se compreende quais as normais se enquadram no caso, a segunda é a interpretativa que é o momento da aplicação da lei pela justificativa da decisão. E a última é depois da interpretação que ocorre o ajuste da justificativa com as normais colocadas. Dessa forma, quem interpreta é a pessoa quem faz a combinação das normas com o caso concreto, o que leva uma verdadeira interpretação. Como consequência é a garantia dos direitos e é pontuado a integridade da pessoa como um desses direitos. (BAPTISTA, 2021).

Bunchaft (2013, p. 289) entende que “a análise de conceitos interpretativos não pode ser descritiva, neutra e desengajada, pois a estrutura dos valores políticos não é física, mas normativa”, portanto, “justiça, democracia, dignidade humana não são autônomos nem conflitantes, devendo ser analisados de maneira integrada”. A autora procura analisar, à luz da teoria de Dworkin, como aliar unidade de valor na dimensão igualdade e liberdade no tocante a direitos de transexuais, a partir de decisões judiciais proferias pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Para Peres (2013, p. 295-299), em algumas das decisões. Prevaleceu uma leitura moral da Constituição Federal que “que rompe com auto compreensões assimétricas de mundo”, em que 34 “princípios constitucionais da intimidade, da honra e da dignidade da pessoa humana foram analisados de forma interdependente entre si, de forma a se unirem em uma rede harmoniosa” (BAPTISTA, 2021).

2.3 Ações do STF (Supremo Tribunal Federal) e as alterações dos nomes e a precariedade da cidadania

Em 2012 no estado do Rio Grande do Sul ocorreu um Recurso Extraordinário (670.422) sobre sua decisão. O feito tinha como objetivo a retificação do registro civil no nome, e também ao gênero. Os argumentos usados eram sobre os preconceitos vividos pelo requerente. Na juntada das provas foi solicitado perícia médica para analisar se o requerido realmente tinha a aparência do gênero que relata ter. Primeiramente, a sentença ocorreu parcialmente procedente fundamentada que se poderia mudar o nome, mas não o gênero, pois era necessário a realização da cirurgia de mudança de sexo se o indivíduo não quiser que conste no registro o termo "condição transxesual", claramente uma contradição. (BAPTISTA, 2021).

No julgado o STF foi priorizado a igualdade e o não preconceito sobre a identidade de gênero. E assim, se tornou possível a mudança do registro civil sem a necessidade de comprovação da realização da cirurgia. No voto do ministro Marco Aurélio Mello há a explicação da diferença entre transexualidade, gênero e homossexualidade. Entretanto, o ministro relator não retirou a exigência do relatório médico. Outros votos foram embasados com o processo transsexualizador, a mudança do termo transexual e a invisibilidade dessa população. Outro Recurso Extraordinário em Santa Cataria (845.779) tinha o propósito debater o uso de banheiro feminino para pessoas trans em locais públicos. Em primeira instância foi negado o pedido e inclusive os danos morais fundamentada que a presença da pessoa trans gera desconforto as outras pessoas no local. O STF interrompeu o julgamento em 2016 e até hoje é aguardado um parecer. (BAPTISTA, 2021).

Outro ponto importante que ocorreu em 2018 foi a necessidade de uma cidadã travesti entrar com Habeas Corpus para sua proteção. Visto que estava em restrição de liberdade em uma penitenciária masculina em uma cela com superlotação. O pedido é que aguardasse em liberdade ou fosse transferida para uma penitenciária feminina. O assunto não tem opinião unanime da doutrina, o que leva discussões sobre o direito de ir e vir e o direito a integridade humana. (BAPTISTA, 2021).

Bento (2014) mostra que a desorganização que ocorre nas decisões judiciais sobre a mudança de nome como a mistura de conceitos como sexo e gênero, a necessidade

de laudos médicos para atestar que a pessoa é trans e os pedidos de testemunhas, perícia para descobrir a aparência do cidadão. E nesse momento, é visto que, o judiciário não gera nenhuma mudança na vida dessa população. Pois, a sentença proferida com todas essas obrigatoriedades não muda o preconceito vivido diariamente, na verdade reforça. E como consequência exclui ainda mais pessoas que são marginalizadas diariamente. (BENTO, 2014).

Antes da aprovação da Lei Áurea, foram aprovadas leis, ao longo de cinquenta anos, que libertavam parcialmente os escravos. Antes de tornar-se universal, para as todas as mulheres, o voto feminino foi palco de diversas propostas de restrições, e antes da lei federal entrar em vigor em estados isolados as mulheres já votavam. E com a legislação trabalhista notamos a mesma estrutura se repetindo: primeiro foram regulamentações pontuais ao longo de mais de cin-quenta anos. O reconhecimento das uniões estáveis por parte de casais do mes-mo sexo também foi precedida de medidas localizadas, a exemplo da inclusão dos/as companheiros como dependentes em planos de saúde, da inclusão na declaração de imposto de renda. Nestes quatro casos, podemos observar como setores dominantes (raça/etnia, gênero, classe, sexual) se apoderam do Estado e tentam segurar com mãos de ferro seu lugar hegemônico. (BENTO, 2014).

De maneira geral, as pessoas LGBTQIA+ tem vários problemas jurídicos para obtenção de direitos no âmbito legislativo, apesar do Brasil ser um Estado democrático de direito e ter como pilares os seguintes princípios: igualdade, liberdade e dignidade. O princípio da dignidade também engloba a sexualidade e questão de gênero que é muito negligenciada na sociedade e no âmbito jurídico, previsto no artigo 3, IV, da Constituição Federal de 1988. (SILVEIRA,2022)

Sendo assim, o princípio da dignidade humana é o norte para muitas questões jurídicas e está na lei mais importante do país, a Constituição Federal. Entretanto, para a população LGBTQIA+ conseguir exercer esse direito é mais difícil e ocorre de maneira mais tardia, o que faz essa população nos dias de hoje ter dificuldade de ter garantias para ter uma qualidade de vida igualitária. (SILVEIRA,2022).

A cidadania é antiga e percorre toda a história. Ela está presente desde a Grécia Clássica que é conceituado por Coutinho como a possibilidade de uma pessoa ter bens, esses bens que foram criados socialmente. Na ideia do autor, caso a cidadania seja

implementada em uma democracia seria possível que todas pessoas tivessem a oportunidade de exercer a cidadania de forma igualitária. Já na Era Moderna também ocorreu a difusão dos direitos humanos com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. E outro marco para ganhos de direitos políticos e civis foi a Revolução Francesa que ajudou a difundir ainda mais a ideia dos direitos fundamentais (COUTINHO, 1999).

O que é importante ressaltar é que, em várias sociedades, nem todas as pessoas eram consideradas cidadãs, por exemplo, apenas pessoas que possuíam terra e pagavam impostos tinham o direito ao voto. Havia também um grande controle do Estado com os direitos civis e do livre pensamento e não havia representatividade da população carente(COUTINHO, 1999).

Segundo Marshall, o conceito de cidadania, está em constante elaboração e tem ligação com alguns pilares dos Direitos Humanos como: os direitos civis, direitos políticos e direitos sociais, pois geram ao bem estar social. Sendo assim, é possível compreender que cidadão deve ser a junção do estado e de todos seus membros para que o indivíduo tenha seus direitos e deveres garantidos. (MARSHALL, 1967).

Hoje, a cidadania está na Constituição Federal da República Federativa do Brasil e para que esses direitos possam ser garantidos é preciso que o Estado tenha limitação de seus poderes com a intervenção da sociedade em suas decisões. (SILVA, 2013). Portanto, o estado não tem o direito de cometer transgressões e o direito das pessoas vai além do voto, é muito mais completo e está atrelado a dignidade da pessoa humana (ARAÚJO, NUNES JUNIOR, 2004).

Sendo assim, o ordenamento jurídico antepõe a dignidade da pessoa humana como prioridade e o olhar patrimonialista passa a ser personalista, ou seja, o objetivo é proteger a pessoa e não mais os bens materiais. (SANTOS, 1998). No Brasil a partir da década de 1990 houve uma interferência da ONU e o país construiu ideias para que os direitos humanos fossem assegurados através da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e, em seguida.o país participa dos Pactos de San José e Internacionais dos Direitos Civis. Porém, por limitar-se a uma tentativa de melhorar a sua apresentação para o mundo, não ocorreram preocupações e

mudanças reais em relação aos problemas e desafios enfrentados pela sociedade (FRIAS, LOPES, 2015)

Sean, (1999) diz que a democracia é uma questão complexa e há a necessidade de ter vários requisitos para que seja possível caracterizá-la. Alguns desses elementos são o direito de expressão, exercer direitos civis, críticas e discordância são necessários para que seja possível que os membros da comunidade possam compreender os valores e prioridades dentro da sociedade (SEAN, 1999).

3 CONCLUSÃO/CONSIDERAÇÕES FINAIS

No trabalho podemos observar como no mundo concreto não há divisão de áreas. Ou seja, o direito está, mesmo que indiretamente dentro da saúde, filosofia, psicologia e sociologia entre outras. Pois, o mundo está em constante mudança e as ciências estão atrás para compreender e se renovar. Com esse ponto de vista é possível perceber que em muitos momentos históricos a saúde precisou recorrer ao direito para garantir que suas mudanças fossem respeitadas. A própria criação do Sistema único de Saúde (SUS) é uma prova que profissionais multidisciplinares precisaram trabalhar para garantir o direito a saúde para todos no Brasil. E assim, ocorre a evolução e as melhorias para a população.

É possível compreender que a sociedade evolui e em seguida as leis, as dinâmicas mudam. Entretanto há direitos universais e fundamentais já estabelecidos para toda a população, por exemplo, o princípio da cidadania é absoluto. Com esses direitos básicos para ter qualidade de vida como saúde, educação, moradia, honra garante a dignidade da pessoa humana. Todas cidadãos tem seus direitos básicos garantidos, visto que, vivem em sociedade e também contribuem para a sociedade que está inserido.

Entretanto ao decorrer da história, mesmo que o termo cidadania seja antigo, o conceito que todos são considerados cidadãos é novo. Pois, em várias culturas existe a separação de quem deve exercer sua cidadania e quem não. Desde a Grécia Antiga que artesãos, mulheres, estrangeiros não tinham esse título, até no Brasil que mulheres passaram a votar apenas em 1932.

Antigamente era explicito quem podia exercer seus direitos e quem não tinha direitos, hoje segundo a Constituição Federal de 1988 todos tem seus direitos e deveres, inclusive há o princípio da isonomia. O princípio da isonomia balanceia as normas e

garante que todos estarão dispostos as mesmas leis. Entretanto, quando olhamos a prática não é da forma que é colocada na teoria.

Sobre as populações minoritárias, mas em questão de quantidade tem número superior em relação as pessoas consideradas padrão. Esse grupo luta para que seus direitos sejam respeitados e muitas vezes lutam para ter direitos. Um exemplo que podemos observar é a luta das mulheres para o voto, para poder transitar nas ruas sem preocupações. Ora, a lei pode existir, mas na prática há violências que impedem que essas mulheres exerçam esses diretos. Pois hoje nenhuma mulher precisa de Habeas Corpus para transitar em uma rua escura de madrugada. Entretanto, homens que as encontre na rua podem compreender que é uma passe livre para relações sexuais e no outro dia após o crime a sociedade vai questiona-la do motivo de estar em uma rua escura de madrugada. Se todos tem direito de ir e vir porque dentro de delegacias são perguntados o motivo de andar sozinha na rua ou questionar as vestimentas da vítima? Visto que, se alguém tem o direito de fazer algo não precisa explicar o porquê o fez, apenas se seu ato é ilícito.

O exemplo sobre as mulheres é importante para visualizar como socialmente e moralmente se coloca diferenças entre homens e mulheres, ou seja, a questão de gênero é importante quando discutimos direitos. Pois, as leis não garantem que sejam iguais para ambos. Nesse contexto podemos ampliar para outras minorias como pessoas negras, indígenas, estrangeiros de países não europeus ou norte americanos e pessoas LGBTQIA+.

Quando a sociedade olha para pessoas LGBT e relatam não acharem justo que essa população frequentem os mesmos ambientes que ela, que não possam casar, adotar ou demostrar afeto em público, há um silêncio do Estado. Pois, todos tem os mesmos direitos e deveres. É a mesma pessoa que não tem o direito de ser pai/ mãe que também que paga tributos, não pode dirigir e caso o faça será punido. Com esse silêncio a sociedade de uma maneira mais violenta o que a Grécia Antiga fazia, exclui pessoas da cidadania e as marginaliza.

A marginalização de pessoas que não são consideradas adequadas pelo padrão social ficam vulneráveis e tem maior dificuldade em ter acesso aos seus direitos básicos. Pois, com o preconceito enraizado na sociedade essa pessoa tem dificuldades dentro de seus lares e muitas vezes são mandados para fora de casa ainda menores de idade. Veja,

o estado negligencia essa pessoa durante uma vida toda e ainda reafirma o preconceito social.

Para pessoas que estão vulneráveis é mais difícil procurar emprego, pois a sociedade compreende que essas pessoas não são cidadãs e não as enxergam como iguais. Logo, há maior chance para a incidência da violência e se repete o ciclo. Sem emprego há chances de ficarem nas ruas cometerem atos infracionais, serem aliciados pelo tráfico e a prostituição. E então a sociedade reafirma esse estigma. Essas pessoas estão na rua não porque é do ser delas, mas sim porque seus direitos foram roubados.

De uma maneira mais específica para pessoas trans, com a sociedade tendo uma visão binária de gênero, só existe homem e mulher a população trans ficam marginalizada e é estigmatizada. Quando o estado impossibilita mudanças é tirado a oportunidade dessas pessoas crescerem, estudarem e mostrarem seus talentos, seus sonhos e sua contribuição para a sociedade.

No caso da retificação do nome de pessoas trans, o Estado toda vez que nega ou impossibilita essa mudança também nega a cidadania, a isonomia e a igualdade.

Essa questão ocorre, por exemplo, em uma entrevista de emprego uma pessoa trans precisa toda vez mostrar seu nome de registro e o recrutador percebe que o nome é de um gênero e a pessoa se apresenta com outro gênero, sempre será necessário explicar essa questão o que leva a uma situação vexatória, pois de maneira geral, a sociedade não aceita questões de gênero. Pessoas cis não são colocadas a prova sempre sobre seu gênero. E no momento que decisões judiciais pedem relatórios médicos, perícias, investigações é reafirmado a violência e o preconceito e não a garantia da cidadania.

Dessa forma, a retificação do nome para pessoas trans é extremamente importante para que direitos das pessoas trans sejam garantidos. O direito de ir e vir sem precisar se explicar, o direito de ter um emprego sem passar por questionamentos sobre seu gênero e por falta de conhecimento sobre sua sexualidade. Há também a importância de frequentar locais públicos como escolas, faculdades, hospitais sem ter o medo de sofrer transfobia.

Foi visto ao decorrer do trabalho que pessoas trans sofrem mais de doenças mentais como depressão e ansiedade, tem mais risco de sofrer violência e a prevalência de vida não chega aos 35 anos. A garantia de direitos fundamentais irá melhorar muito

mais a qualidade de vida dessas pessoas. A retificação do nome no registro civil irá dar mais segurança em locais vulneráveis para sofrer transfobia.

Sendo assim, é preciso que Estado saia da inércia e comece a trabalhar de maneira mais efetiva para garantir a cidadania para todas as pessoas. É claro que em muitos casos irá andar abraçado com a saúde para compreender melhor algumas questões. Mas, é preciso que as ciências andam juntas e não os preceitos morais. Hoje a saúde tem mitos estudos que fundamentam muito bem a necessidade de igualdade para pessoas trans. É preciso que os profissionais de diversas áreas compreendem que precisam atualizar conceitos e também olhar de forma mais humanitária o outro.

Concluo que as leis garantem que cada um tenha a liberdade de ser quem deseja ser, que expresse seus sonhos e vontade, que tenha autonomia de escolher suas crenças, costumes. Mas, é preciso ser eito uma reeducação para profissionais do direito e da saúde para entenderem quantoé é importante olhar algumas situações com o olhar do outro e não apenas com o seu olhar de mundo. É preciso compreender que em muitos momentos lidamos com pessoas e não com papéis.

REFERÊNCIAS

AITH, F. Arquitetura, potencialidades e limitações das garantias jurídicas da democraciasanitária. Direito à saúde e democracia sanitária. São Paulo:Quartier Latin, 2017

ARAÚJO, L.A.D.; NUNES JÚNIOR, V.S. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAPTISTA. V.F. reconhecimento de direitos de pessoas trans: alternativas, políticas e ativismoteórico-judicial. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, SC. v. 28. n. 11. p.131-163. Jan./Abr. 2021.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal.Contemporânea. Revista de Sociologia da UFSCar, São Carlos, v. 4, n. 1, jan.-jun. 2014.

BICALHO, PPG. CIDADE, MLR. Arquivos Brasileiros de Psicologia, 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Senado Federal. Atividade Legislativa Artigo 92. Disponível

em:

https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2015/art_92_.asp

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidadena gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei N° 70-B, Diário da Justiça: seção 1, Brasília,DF, 1995. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1587D407698BA 3BF29BB9E5960546873.node1?codteor=1036327&filename=Avulso+-PL+70/1995

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção,proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentese dá outras providências. Brasília, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidadena gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Conselhos de Saúde: a responsabilidade do controle social democrático do SUS. 2° edição, Brasília/DF, 2013.

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

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidadena gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, 1990.

BRASIL. Decreto nº 8.727, DE 28 DE ABRIL DE 2016. Uso do nome social e o reconhecimentoda identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, 2016. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm.

BRASIL. Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde. 2021. Ministério da Saúde orienta pela suspensão da vacinaçãode adolescentes sem comorbidades. 16/09/2021. Disponível em:

https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2021-1/setembro/ministerio-da-saude-orienta-pela-suspensao-da- vacinacao-de-adolescentes-sem-comorbidades.

CARVALHO, A.L.B.D. Regionalização no SUS: processo de implementação, desafios e perspectivas na visão crítica de gestores do sistema. Ciênc. saúde colet. 22 (4) Abr 2017.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). 16a Conferência Nacional de Saúde – democracia e saúde: Documento orientador de apoio aos debates. Brasília: CNS, 2019.

COUTINHO, Diogo R.; MIZIARA, Nathália. Participação social, transparência e accountabilityna regulação sanitária da Anvisa. In: AITH, Fernando Mussa Abujamra; DALLARI, Sueli Gandolfi. Regulação de medicamentos no mundo globalizado. 1a. ed. São Paulo: CEPEDISA, 2014.

PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo (org.). Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil,2016. p. 37-73.

CNJ –Conselho Nacional de Justiça. Registro Civil. Disponível em http://www.cnj.jus.br/campanhas/356-geral/124-registro-civil.

COUTINHO, C.N. Cidadania e Modernidade. PERSPECTIVAS: Revista de Ciências Sociais.São Paulo: UNESP, p. 2, 1999.

DA SILVA, I.C.B.at al. A violência de gênero perpetrada contra mulheres trans. RevistaBrasileira de Enfermagem, 2022.

FARAH, G.M., et al. Do nome: retificação, adição e alteração. ETIC - encontro de iniciaçãocientífica – ISSN. Capa, v. 2, n. 2, 2006.

FRIAS, L. LOPES, N. Considerações sobre o conceito de dignidade humana.Rev.Direito GV11 (2). Jul dez. 2015, p. 02, 2015.GUANILO, M.C.D.L.T.U., TAKAHASHI, R.F., BERTOLOZZI, M.R. Revisão Sistemática: Noções Gerais. Rev Esc Enferm USP. 2011.

LIMA, L.D. et. al. Descentralização e regionalização: dinâmica e condicionantes da implantaçãodo Pacto pela Saúde no Brasil. Ciência & Saúde Coletiva, 17(7):1903-1914, 2012.

LIMA, D.B.D. A atenção à saúde às travestilidades e transexualidades em São Paulo (2013- 2018). 2018. 154 f., il. Dissertação (Mestrado em Política Social)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

MISKOLCI, R.; PEREIRA, P. P. G. Educação e Saúde em disputa: movimentos antiigualitáriose políticas públicas. Interface (Botucatu), v. 23, e180353, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos- Preambulo, 1948.

RICCI, E. R., & SILVA, J. B. Os ofícios da cidadania nos cartórios de registro civil como formade concreção dos direitos fundamentais à cidadania e à nacionalidade. Anais Do Congresso Brasileiro De Processo Coletivo E Cidadania,7(7), 136–152, 2020.

ROCON, P. C. et al. Dificuldades vividas por pessoas trans no acesso ao Sistema Único de Saúde.Ciênc. saúde coletiva, v. 21, n. 8, p. 2517-2526, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. Eurozine. Disponível em: https://www.eurozine.com/para-ampliar-o-canone-democratico/.

SAFER, J.D., TANGPRICHA, V. Care of the Transgender Patient. American College ofPhysicians. 2019.

SILVEIRA, E.V.D.(IN)dignidade da pessoa humana a condição da população LGBT encarceirada. v. 3 (2021): Anais do Seminário Internacional em Direitos Humanos e Sociedade,

SEN, Amartya. Democracy as a universal value. Journal of Democracy, 10.3, 1999, p. 3-17. Disponível em: https://www.journalofdemocracy.org/articles/democracy-as-a-universalvalue/.Acesso em: 28 jul. 2020,

SEN, A.K. Democracy as a Universal Value. Journal od Democracy, v 10, issue 3, p3-17, 1999.

SANTOS, F.F.D. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998.

SILVA, J.A.D. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, p. 334- 335, p. 334. 2012.

SOUSA, T.S. O nome que eu (não) sou: retificação de nome e sexo de pessoas transexuais e travestis no registro civil.2015. [166 folhas]. Dissertação (programa de pós-graduação emdireito/ccso) - Universidade Federal do Maranhão, [São Luís] .(2015).

SUERTEGARAY, D. M. Notas Sobre Epistemologia em Geografia. Florianópolis: UFSC,2005.

TRIBUTAÇÃO DE GRANDES FORTUNAS: ANÁLISE SOBRE OS IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS NO BRASIL

SOBRENOME AUTOR-APRESENTADO, Estela Maria de Faveri[1]
SOBRENOME CO-AUTOR, Profa. Me. Mariana Passos Beraldo [2]

O Brasil, vive uma realidade pós-pandêmica como o resto do mundo, com indicadores que mostram acentuado nível de desigualdade social e econômica. Ademais, o país é marcado alto nível de concentração de renda e elevado índice de sonegação fiscal. Neste contexto, a manutenção da arrecadação e o equilíbrio das contas públicas se torne extremamente desafiador em um cenário de necessidade premente de redução e melhor distribuição da carga tributária, uma vez que o Brasil ocupa a 14ª posição além de estar na 2ª posição no ranking que mais tributam empresas, ficando somente atrás de Malta, nos rankings da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. Assim, o objetivo deste trabalho foi analisar os pontos relevantes sobre tributação das grandes fortunas no Brasil, apontando se este deve de fato ser introduzido e qual impacto que sua adoção teria no contexto econômico e social do país. Para isso, foi necessário compreender como está estruturado o sistema tributário nacional, quais são os principais entraves e desafios enfrentados pelo Brasil que acarretam na elevada carga tributária atual e distribuição deficitária da carga tributária entre os contribuintes, que por sua vez, intensifica as , desigualdades sociais e econômicas. Com relação ao procedimento metodológico adotado, o método utilizado para este estudo foi indutivo, o problema foi abordado pela ótica qualitativa, conduzido com o objetivo exploratório, para melhor entender os aspectos benéficos e prejudiciais que existem no sistema tributário nacional levando em consideração a forma como funciona a concentração de renda e riquezas no país. Quanto aos resultados apurados, que levou em conta a análise dos projetos de leis em tramitação no poder legislativo que versam sobre a tributação das grandes fortuna, conclui-se a tributação das grandes fortunas pode ajudar a corrigir distorções no sistema tributário, garantindo que aqueles que têm maior capacidade financeira contribuam de forma proporcionalmente mais significativa. Isso pode ajudar a equilibrar a carga tributária e tornar o sistema fiscal mais justo, evitando que os mais pobres suportem uma carga excessiva de impostos. Nestes termos, verifica-se que o caminho para alcançar uma distribuição da carga tributária que favoreça a justiça fiscal depende da progressividade do sistema tributário brasileiro, para que a tributação direta

[1] Mais alta titulação acadêmica. Filiação institucional. e-mail.
[2] Mais alta titulação acadêmica. Filiação institucional. e-mail.

observe a efetiva capacidade contributiva, tributando de forma mais eficiente àqueles que detém mais capacidade econômica. É certo que qualquer alteração legislativa significativa acarretará consequências econômicas e sociais relevantes para o Brasil.

Palavras-chaves: Tributação; Grandes Fortunas; Desigualdade Fiscal; Justiça Fiscal.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

1 INTRODUÇÃO

A economia do Brasil atualmente funciona com o apoio dos setores primários sendo a agropecuária e a indústria extrativista o alicerce para que o setor secundário e terciário, indústria, serviços e comércio, respectivamente, consigam impulsionar e realizar as devidas negociações dentro e fora do país dando aos indivíduos poder de compra e assim, aquecendo o mercado. Contudo, vale ressaltar que o Governo tem uma responsabilidade relevante, pois as medidas econômicas que possam a vir a ser adotadas contribuem para acelerar ou retardar o crescimento na economia nacional. No ano de 2022, os dados do IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, afirmou que o PIB, Produto Interno Bruto, cresceu 3% em comparação ao ano de 2021 que ainda sofria fortemente os impactos da pandemia do COVID-19.

O Brasil, vive uma realidade pós-pandêmica como o resto do mundo, em que os índices, descritos posteriormente, fornecem dados que mostram o nível de desigualdade em setores importantes para a população brasileira. Diante disso, como manter um equilíbrio nas contas públicas e diminuir a carga tributária do Brasil, uma vez que o país ocupa a 14ª posição no ranking da, OCDE, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, além de, estar na 2ª posição no ranking que mais tributam empresas, ficando somente atrás de Malta, um arquipélago localizado na região central do Mediterrâneo, entre a Sicília e a costa norte do continente africano. E, por fim, obter resultados que melhorem a qualidade de vida da população, pois de acordo com o Impostômetro, ACSP, sistema da Associação Comercial de São Paulo, o Brasil atingiu a marca de R$ 1 trilhão em tributos de janeiro a abril desse ano, ou seja, a conclusão sobre esse valor está ligada à quantia paga pelos brasileiros aos governos federal, estadual e municipal.

Com base no exposto, para compreender bem a economia brasileira, nada melhor do que conhecer como funciona o sistema tributário nacional. O objetivo deste trabalho foi analisar os pontos relevantes do debate sobre a tributação das grandes fortunas no Brasil e se esta será de fato introduzida e qual impacto traria no contexto econômico e

social do país e na geração futura. Sendo assim, de forma introdutória, o sistema tributário é um conjunto de normas que limitam a instituição, Estado, a tributação é a principal fonte de financiamento e está claramente prevista no, Título VI, Art. 145, normas vigentes da Constituição Federal de 1988. Portanto, existem princípios gerais de tributação, limitações da competência tributária, definições relativas à tributação e distribuição sobre rendimentos.

Um dos postos-chave é entender que o sistema tributário nacional possui algumas desvantagens. Por exemplo, aumenta os custos das empresas, torna-as menos competitivas comparado a produção no exterior, penaliza os investimentos, gera insegurança jurídica e cria uma desconexão entre contribuintes e autoridades fiscais. Deste modo, o setor industrial que enfrenta a concorrência estrangeira tem carga tributária superior aos outros setores, pois responde por 20,9% da economia brasileira, 33% da arrecadação de impostos federais e 31,2% das contribuições previdenciárias.

À vista disso, um sistema tributário eficaz é importante para aumentar a competitividade das empresas e acelerar o crescimento econômico do Brasil, gerando empregos e renda nacional, porque os impostos financiam os serviços públicos como saúde, educação, segurança, infraestrutura e outros correlatos, que são essenciais para o bem-estar da sociedade além disso, também está presente na defesa nacional e realiza o pagamento dos funcionários e servidores públicos.

Os impostos podem ser usados para uma variedade de propósitos no qual, não se sabe exatamente quais atividades estão sendo financiadas com o dinheiro arrecadado através do contribuinte. O imposto que incide sobre grandes fortunas, IGF, está previsto no inciso sétimo, Art. 153, da Constituição Federal de 1988. No entanto, apesar de ser uma medida constitucional, ela nunca foi regulamentada ou implementada no país. Logo, ativos considerados grandes estão sujeitos a impostos, ou seja, existe um índice percentual, que determina quanto do bem deve ser tributado.

Antes de se debruçar mais detalhadamente sobre a tributação de grandes fortunas que poderia ser introduzida na conjectura atual, trazendo impactos diretos na economia brasileira e consequentemente influenciando no âmbito da desigualdade social, alguns

caminhos como por exemplo, a Reforma Tributária, saiu do papel recentemente em, 22/06/2023, e está em discussão nas casas legislativas, primeiro, na Câmara dos Deputados e posteriormente, no Senado Federal.

Vale lembrar, que a reforma tributária é uma proposta de lei passada de governo após governo, mas sem de fato ser colocada em prática, sendo um dos principais motivos, a falta de interesse da própria classe política. Contudo, recentemente, o tema tem sido debatido com mais ênfase pelo menos nos últimos quatro anos tendo em vista a política econômica do Governo Bolsonaro. A PEC 45, Proposta de Emenda à Constituição, de 22/06/2023, acabou se aproximando do substutivo à PEC 110, apresentada em 2022, que anteriormente havia se inspirado no substutivo da Comissão Mista de 2021 tem como objetivo simplificar o sistema tributário brasileiro, que é complexo e atrasado na sua forma de arrecadar e assim, interromperia o desperdício de recursos públicos visto que, o volume atual de arrecadação da união, estados e municípios, garante um ambiente mais propício para o empreendedorismo e geração de empregos.

Portanto, facilitaria a competitividade das empresas nacionais e eliminaria o valor cobrado que incide sobre determinados impostos como por exemplo: ICMS, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços; ISS, Impostos sobre Serviços de Qualquer Natureza, COFINS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, PIS, Programa de Integração Social e IPI, Imposto sobre Produto Industrializado além de, diminuir a insegurança jurídica e a fuga de capitais estrangeiros.

O presente trabalho utilizará o método indutivo, o problema foi abordado pela ótica qualitativa e conduzido com o objetivo exploratório para melhor compreender a tributação de grandes fortunas e os seus impactos nas dimensões econômicas e sociais do país. Se implementado, quais as perspectivas sobre a tributação ser mais progressiva em relação aos mais ricos, mesmo tendo uma previsão na Constituição Federal de 1988 no qual, aborda essa questão, mas até o presente momento nunca foi regulamentada para alcançar uma justiça fiscal. Ademais, analisará as vantagens e desvantagens do sistema tributário nacional, seu impacto direto na desigualdade fiscal, mediante análise dos projetos de leis em discussão no poder legislativo, uma vez que, caso algum seja

aprovado, o IGF, Imposto sobre Grande Fortuna, trará consequências econômicas e sociais relevantes para o Brasil.

E por conclusão, visou trazer uma discussão mais sólida e os possíveis resultados que podem necessitar de segurança jurídica, porque o Estado e os representantes do povo são responsáveis para que não venha a ter uma estagnação econômica, mas, sim, um desenvolvimento e crescimento que facilite a vida do cidadão brasileiro.

2 DESENVOLVIMENTO

CONCENTRAÇÃO DE RENDA E RIQUEZAS NO BRASIL

No Brasil, estudos econômicos baseados na análise da pesquisa de orçamento familiar mostram que o impacto das finanças públicas sobre a desigualdade na distribuição da renda básica dos indivíduos pode ser dividido em quatro áreas. A primeira área são as transferências públicas não monetárias, levando a um efeito gradual, ou seja, os gastos com educação são superiores aos gastos com saúde, especialmente a partir da segunda metade da década iniciada em 2000. (SILVEIRA; PASSOS, 2017, pp. 474-480); em segundo lugar, os subsídios e a segurança social, a redução de 11% no índice de Gini da renda básica, os subsídios como o programa Bolsa-Família e o subsídio de contingência contínua são os mais radicais; assim, no caso da seguridade social, o Regime Geral é descentralizado, enquanto o Regime Específico dos Funcionários Públicos tem efeito centralizador (SILVEIRA; PASSOS; SILVA; PALOMO, 2020, p. 22).

Na área tributária, o mesmo padrão se repete no país há décadas: a carga tributária direta sobre a renda, especialmente o imposto de renda pessoal, é de natureza um tanto progressiva, mas com dispersão muito limitada (mesmo entre os países latino-americanos), porque atinge um segmento relativamente pequeno da população economicamente ativa e, desde 1996, isenta completamente as empresas de distribuir dividendos aos seus sócios, ou seja, o limite progressivo funciona principalmente entre os rendimentos do trabalho, mas não entre os rendimentos do capital de renda (GOBETTI; ORAIR, 2016).

O Congresso ainda não promulgou um imposto sobre grandes propriedades

regulamentado nos arts. 153, VII, da CRFB (BRASIL, [2022]), os atuais impostos sucessórios pesam mais sobre as classes médias na distribuição de renda e preservam as classes altas (cujos bens incluem quase inteiramente bens não objetivos). Imposto). Dessa forma, o impacto do IPTU sobre a distribuição da renda pessoal é neutro; e o impacto do imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA) é regressivo (SILVEIRA; PASSOS; SILVA; PALOMO, 2020, p. 19).

A CRFB - promulgada num momento histórico em que a concentração da renda interna atingia o pico, conforme calculado pelo Banco Mundial - foi projetada não para ser um imposto regressivo (como estabelece o argumento de Kerstenetzky (2017), mas um sistema tributário no qual os impostos devem ser " de carácter individual" e "sujeito à viabilidade econômica do contribuinte", com impostos sobre o rendimento determinados de acordo com critérios "gerais, universais" , “ progressivos" e com um grande imposto sobre a fortuna destinado a tributar a riqueza de muitos milionários (envolvimento, investimentos financeiros, aviões e navios) longe de outros impostos sobre a riqueza do sistema (impostos sobre imóveis e propriedade de veículos motorizados).

Contudo, essa determinação igualitária do sistema tributário projetado na CRFB constitui mais uma manifestação da constitucionalização meramente simbólica que caracteriza em grande medida o Direito brasileiro (NEVES, 2011), tendo o Congresso Nacional bloqueado sistematicamente nas últimas décadas a aprovação de leis que pudessem efetivamente pôr em prática uma tributação capaz de desconcentrar a renda e o patrimônio. Um exemplo constrangedor desse verdadeiro bloqueio institucional (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2017) é a renitente omissão parlamentar quanto à instituição do imposto sobre as heranças e doações provenientes do estrangeiro, permitindo que planejamentos tributários relativamente simples sejam implementados pelos contribuintes de maior riqueza, com o objetivo de fazer com que suas fortunas – que já não são alcançadas pelo imposto sobre grandes fortunas que o Congresso desde 1988 se recusa a criar – tampouco sejam tributadas quando da transmissão a seus herdeiros (GODOI; FURMAN, 2018).

Portanto, o lado dos gastos públicos e as finanças públicas brasileiras desempenham um efeito regressivo e atinge a renda e riqueza, especialmente no período entre os anos de 2005 e 2015. Contudo, a política tributária posta em prática pelo Legislativo e pelo Executivo nos últimos anos não colocou em votação as diretrizes constitucionais progressistas claramente previstas na Constituição Federal de 1988, residindo um bloqueio institucional e assim, perpetuando dificuldade para fazer com que os níveis de desigualdade socioeconômica no país deixem de ser os mais altos e vergonhosos do mundo.

PANORAMA ATUAL DA TRIBUTAÇÃO BRASILEIRA

O sistema tributário brasileiro por meio do poder público é um conjunto organizado e complexo de regras que visam criar, cobrar, arrecadar e fiscalizar impostos, taxas e contribuições de melhorias assim, se tem uma perspectiva de tudo que é pago pelo cidadão. Portanto, a finalidade principal do Estado é encontrar a melhor maneira de distribuir o dinheiro e administrar os gastos do orçamento nacional.

O autor doutrinário, George Firmino, escreve que:

> No Direito Tributário, ramo didaticamente autônomo do Direito Público,o objeto de estudo é a relação jurídica entre o Estado e o sujeito passivo da relação tributária. Em outras palavras: a relação entre o Fisco e os contribuintes. Essa relação compreende não apenas a cobrança, mas inicia com a instituição do tributo em lei, passando pelafiscalização e pela arrecadação dos valores.Com isso, torna-se nítido que o objeto de estudo do Direito Tributário é extenso, vale dizer, vasta é a legislação tributária, tendo em vista a incidência da tributação sobre as mais diversas atividades, bens e rendas dos cidadãos, o que enseja um verdadeiro aparato legislativo. (FIRMINO, 2018, p.3)

O orçamento, sempre é visto em relação ao exercício futuro. Sendo assim, o poder executivo ao adentrar ao governo tem por obrigação executar o planejamento do ano anterior. Em síntese, o orçamento deve ser o norte pelo qual o Estado se divide em duas categorias importantes. A primeira, conhecida como despesas obrigatórias, que tem o caráter legal, ou seja, devem ser pagas de forma compulsória pelo poder público, pois afeta os salários dos servidores, previdência social e a dívida pública. A segunda, seria a receita vinculada, que depende da criação de outros tributos para custear despesas, visto

que são definidas pelo legislador.

Logo, sem o dinheiro arrecadado pelas taxas e contribuição de melhorias, não há como estabelecer essa modalidade e assim, se investir em serviços públicos que possam melhorar a qualidade de vida da população.

O Estado pode cobrar impostos de forma direta ou indireta quando os indivíduos compram um produto ou utilizam um serviço, não importa se são de instituições privadas ou públicas. Dessa maneira, para melhor compreender, os impostos são tributos pagos pelos cidadãos, mas não existe um direcionamento certeiro, pois recaem diretamente sobre o patrimônio e renda e indiretamente sobre o consumo como por exemplo, IPTU, IR e ICMS; as taxas são tributos cujo o seu direcionamento e beneficiário é conhecido, mas não se deve esquecer que nem todas as taxas são tributos, mas, somente aquelas instituídas por lei. E por fim, as contribuições de melhorias, são tributos que tem a finalidade de se construir uma obra pública para melhor beneficiar o cidadão que é o principal financiador.

De acordo, com o autor Ricardo Alexandre, o Código Tributário Nacional, dispõe, da seguinte forma:

> O Código Tributário Nacional – CTN, no seu art. 5.º, dispõe que os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria, claramente adotando a teoria da tripartição das espécies tributárias. Alguns entendem que a Constituição Federal segue a mesma teoria, ao estabelecer, no seu art. 145, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria. O dispositivo, na realidade, não restringe as espécies tributárias às três enumeradas, mas apenas agrupa aquelas cuja competência para criação é atribuída simultaneamente aos três entes políticos. Trata-se, portanto, de norma atributiva de competência e não de norma que objetive listar exaustivamente as espécies de tributo existentes no ordenamento jurídico brasileiro.(ALEXANDRE, 2016, p.44)

O sistema tributário brasileiro é classificado como regressivo e as suas regras estão definidas pela Constituição Federal de 1988, propriamente dito, no Título VI, a partir do Art. 145, como também existem decretos e emendas constitucionais. A maior parte da tributação nacional está focada sobre produtos e serviços que o cidadão consome, ou seja, é inserido no preço final ocorrendo uma concentração indireta. Mediante o exposto, no

ano passado, 2022, os impostos indiretos, de acordo com os dados do Tesouro Nacional, mostram que o CTB, agrega o Governo central, estadual e municipal sendo de 33,71% do PIB.

Ainda de acordo, com o autor Ricardo Alexandre, o Código Tributário Nacional, explica o seguinte ponto, da seguinte forma:

> Como a regra é que esta técnica de tributação resulte em benefícios para a maioria dos potenciais integrantes das relações jurídico- tributárias sujeitas à sistemática, não existem controvérsias judiciais relevantes relativas à matéria. Por fim, perceba-se que as pessoas que ficaram "para trás" nas cadeias de produção e circulação são substituídas por aquelas que estão mais à frente nessa cadeia. Vale dizer, a terminologia consagrada qualifica a substituição tributária como "para frente" ou "para trás" sob a ótica do substituído, e não do substituto. (ALEXANDRE, 2016, p.296)

O problema do sistema tributário brasileiro reside em sua complexidade devido à falta de uniformidade nas leis tributárias assim, traz insegurança jurídica, aumenta-se as ações judiciais e diminui-se os investimentos. Sabe-se que existem tributos federais, estaduais e municipais, mas a maior parte dos impostos pagos pela pessoa física ou jurídica é devido ao governo federal. Dois exemplos bastante pertinentes são: primeiro, o ICMS, que é de responsabilidade estadual, mas como esse imposto não é uniforme, existem vinte e sete leis que tratam sobre o mesmo assunto; segundo, o ISS, que é de responsabilidade municipal, sendo o grande empecilho, justamente, a existência de uma legislação específica sobre o tributo para os cinco mil e seiscentos municípios do Brasil. Portanto, existe uma dificuldade em diminuir a carga tributária do país, visando crescimento econômico, melhora na distribuição de renda e geração de empregos.

As desvantagens do sistema tributário influenciam em setores importantes para a economia do país. De acordo, com os dados recentes do World Bank, o setor secundário, indústria, " é responsável por 18,9% do PIB e atua 20% na geração de empregos", porém, o setor terciário, serviços e comércio, " é responsável por 59,4% do PIB e atua 70,9% na geração de emprego". Dessa maneira, a indústria, além de enfrentar a concorrência externa também está sujeita a mais elevada carga tributária comparado a outros setores, pois é responsável por 33% da arrecadação de impostos federais.

Consequentemente, há conflitos entre o contribuinte e o fisco, pois o Brasil segue uma linha diferente da internacional, que essa é a mais utilizada por países desenvolvidos e em desenvolvimento assim, enquanto os outros países introduzem apenas um único imposto sobre o consumo, sendo o valor adicionado. A nível nacional, existem pelo menos cinco, ICMS, ISS, IPI, PIS/Pasep e COFINS e quase todos esses citados são com efeito regressivo. Com isso, o país ocupa o último lugar no ranking de tempo de pagamento de tributos, segundo a pesquisa Doing Business, do Banco Mundial e analisando esse contexto, as empresas internacionais, ou seja, investimentos externos tem dificuldades em se adaptarem.

A economia mundial pós-pandemia está se recuperando lentamente, e o Brasil não é exceção. Em 2023, o Brasil ocupa a 127ª posição entre 176 países de acordo com o Índice de Liberdade Econômica da Heritage Foundation publicado pelo Instituto Monte Castelo. O objetivo deste estudo é analisar quais práticas políticas e condições econômicas os países estão adotando e em que medidas os dois aspectos acima são consistentes com o bem-estar da população a saber: saúde, educação, meio ambiente, inovação, progresso social, governabilidade democrática etc. Assim sendo, se de fato podem ser considerados economicamente livres, porque com esses fatores junto a redução de impostos e o combate à corrupção a tendência é de crescimento econômico e o melhor ambiente para negócios e investimentos.

Além disso, o Brasil ocupa a nona posição no ranking das maiores economias do mundo e, segundo a pesquisa publicada pela Genial Investimentos, o PIB (Produto Interno Bruto) do Brasil, que mede apenas bens e serviços finais, foi de cerca de US$ 1,8 trilhão no primeiro trimestre de 2022. Segundo os dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) os dados do último trimestre de 2023 foi de cerca de R$ 2,5 bilhões.

Outro fator, primordial, é o Índice de Gini, que mede o grau de concentração de renda e destaca a diferença de desigualdade entre ricos e pobres. Assim sendo, dados publicados comparando 2021 e o último ano, de acordo com o IBGE, caiu de 0,544 para 0,518, respectivamente, vale lembrar que quanto mais perto de 1, maior é a desigualdade

de um país.

No entanto, percebe-se que o efeito da pandemia sobre a classe média decorreu em um aumento na desigualdade entre a sociedade brasileira, ou seja, mesmo com o auxílio emergencial, a desigualdade não caiu durante a pandemia, pois se teve um aumento da inflação na época, devido ao contexto de saúde que o mundo estava passando e o isolamento, que resultou em um alto índice de desemprego já que, a classe média viu os seus rendimentos caírem.

Portanto, com toda essa análise sobre o sistema de tributação brasileiro que apresenta uma alta carga de impostos devido ao modelo regressivo que o país adota gera uma certa contradição já que, um dos objetivos da Constituição Federal de 1988, no seu Art. 3 é: "garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais". Dessa forma, percebe-se o quanto essa modelo influência em setores econômicos que são relevantes para o crescimento da economia, geração de emprego e investimentos no país e contribui para se manter os mesmos índices de desigualdades sociais década após década.

TRIBUTAÇÃO SOBRE RIQUEZA

A tributação sobre riqueza refere-se à prática de aplicar impostos diretos sobre o patrimônio líquido de indivíduos, famílias ou entidades que possuem um nível significativo de recursos financeiros como: propriedades, heranças e ativos. Dessa maneira, o imposto direto incide na renda gerada por esses recursos, mas também sobre o próprio valor acumulado dos bens e ativos detidos, um exemplo seria o Imposto de Renda, que está presente na receita de um indivíduo durante um ano. Portanto, o objetivo desse tipo de tributação tende a diminuir a desigualdade econômica, financiar programas sociais e aumentar a receita governamental. Em alguns países europeus e da América Latina o imposto sobre a renda está implementado na prática, ou seja, são progressivos. O indivíduo com um grande patrimônio paga uma porcentagem maior de sua renda em impostos, mas cabe ressaltar que os países que fazem esse tipo de tributação têm uma estrutura econômica, política e social diferentes, visto que, os três elementos são fundamentais para definir o avanço ou regresso sobre esse tema.

No entanto, quando se diz que os ativos podem ser tributados, significa que o patrimônio de um indivíduo ao longo da sua vida pode estar dividido assim, primeiro: dinheiro em contas bancárias, investimentos em ações, títulos e fundos mútuos; segundo: propriedades imobiliárias como, terrenos, edifícios residenciais e comerciais, casas de férias e propriedades de investimento; terceiro: ativos de luxo, iates, aeronaves particulares, joias e obras de arte de valor considerável; quarto: empresas e participações acionárias: propriedade de ações significativas em empresas e negócios; e quinto: heranças e doações: existem maneiras de tributar que pode envolver as heranças recebidas ou doações realizadas.

A implementação pode ser feita de maneiras diferentes, como impostos anuais sobre o valor total dos ativos, impostos sobre a transmissão de propriedade, impostos sobre heranças ou uma combinação, mas é importante salientar que o método utilizado para ocorrer esse tipo de tributo sobre riqueza na maioria das vezes gera debates que não estão inclusos o equilíbrio entre a justiça tributária na qual, tem a definição de cobrar tributos de forma correta e conforme a legislação, não se afastando da isonomia tributária e por fim , a manutenção de um ambiente econômico saudável, ou seja, que consiga melhorar a qualidade de vida da população.

Todavia, especialistas tributários, economistas e até alguns políticos podem ter visões antagônicas sobre o tema, ou seja, afirmar que tributação da riqueza desencoraja o investimento, a poupança e a atividade econômica, mas, em contrapartida, podem ter a opinião de que seja uma política econômica eficaz de garantir que aqueles com mais recursos contribuem de forma justa para a sociedade e assim, reduziria as desigualdades no âmbito econômico e social.

O Brasil não possui um imposto específico de tributação sobre riqueza da mesma forma no qual vemos nos outros países, mas o país possui vários impostos que podem afetar a tributação de patrimônio e riqueza de maneiras indiretas como, por exemplo: ITR, Imposto sobre Propriedade Territorial Rural, é um imposto federal que incide sobre propriedades rurais, sendo calculado com base na área da propriedade e em sua utilização assim, propriedades de maior tamanho e produtividade geralmente pagam mais imposto;

IPTU, Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, é um imposto municipal que incide sobre propriedades urbanas, como casas e terrenos. A alíquota varia conforme o valor venal do imóvel; ITCMD, Imposto de Transmissão causa mortis e Doações, os estados brasileiros têm autonomia para estabelecer suas próprias alíquotas para esse imposto em questão, que incide sobre heranças e doações, ou seja, a tributação pode variar de estado para estado.

Os próximos impostos são: o ITBI, Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, é um imposto municipal que incide sobre a transmissão de bens imóveis, como em casos de compra e venda de propriedades. A alíquota é determinada pelo município; IRPF, Imposto de Renda Pessoa Física que não é considerado um imposto exclusivamente de riqueza, mas incide sobre a renda e os ganhos de capital dos indivíduos. Dessa maneira, significa que pessoas com maiores rendimentos e ganhos de capital podem pagar mais impostos; IOF, Imposto sobre Operações Financeiras, incide sobre diversas operações financeiras, incluindo operações de crédito, câmbio e seguros, embora não seja exclusivo de riqueza, pode afetar transações financeiras significativas.

E, por fim, IGF, Imposto sobre Grandes Fortunas, existem vários projetos de lei no Congresso Nacional sobre o tema no qual, propõe a criação de um Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil, que até está previsto na Constituição Federal de 1988, mas nunca regulamentado, porque necessita de lei complementar. Porém, vale ressaltar que, não há uma união completa para aprovação do tema entre os diferentes partidos políticos do país, mesmo tendo o PSOL, Partido Socialismo e Liberdade, MDB, Movimento Democrático Brasileiro, PT, Partido dos Trabalhadores, PSL, Partido Social Liberal, PODEMOS e PSDB, Partido da Social Democracia Brasileira, liderando as propostas entre os anos de 2008 e 2020, pois cada projeto de lei varia para definir a faixa da fortuna dos contribuintes: uns estabelecem aqueles com patrimônio acima de R$2 milhões, enquanto outros apontam o valor acima de R$50 milhões.

IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

Propostas de Implementação do IGF

A tributação de grandes fortunas é um tema cada vez mais relevante em todo o mundo, especialmente em um contexto de crescente desigualdade social e econômica. Dessa forma, é uma política tributária que busca aumentar a arrecadação do Estado através da cobrança de impostos sobre as riquezas acumuladas por indivíduos ou empresas, já que estes têm uma capacidade maior de acumular fortuna e patrimônio, enquanto a maior parte da população tem menos recursos e enfrenta mais dificuldades para alcançar uma condição financeira confortável. Nesse sentido, muitos países têm discutido a implementação de políticas fiscais que visem a redistribuição de renda e a redução das disparidades entre os mais ricos e os mais pobres.

Importante destacar que a tributação sobre grandes fortunas é uma forma específica de imposto que incide sobre o patrimônio acumulado por indivíduos ou empresas que tem obviamente riquezas assim, esses contribuiriam de forma mais significativa para o sistema tributário, com o objetivo de promover uma maior equidade e justiça social, mas a implementação e as características específicas da taxação variam de acordo com o poder político e o sistema econômico de cada país. Dessa maneira, alguns países podem ter leis próprias que visem um imposto exclusivo sobre grandes fortunas, enquanto outros podem adotar formas diferentes, como por exemplo o modelo progressivo sobre a renda e propriedade.

A discussão sobre o IGF, Imposto sobre Grandes Fortunas, sempre é colocada em pauta em períodos de crise, pois o Estado precisa avaliar quais maneiras poderia aumentar a sua arrecadação. O mundo passou por um momento conturbado entre os anos de 2020 a 2022 por conta da pandemia do covid-19 e no Brasil, que já era expressivo os problemas econômicos e de desigualdades sociais, teve-se uma ampliação.

Após o fim da pandemia, o mundo economicamente, segundo o FMI, Fundo Monetário Internacional, tem uma projeção de crescer 2,7% em 2023, sendo considerado ainda um desenvolvimento desacelerado e o Brasil, segundo o Ministério da Fazenda, levando em conta os indicadores econômicos e fiscais, a estimativa para o crescimento do PIB em 2023 é de 1,9%.Dessa forma, esse número tem relação direta com o setor agropecuário que sempre mantém o país em pé, mesmo com diversas crises políticas que

refletem na economia; em seguida, a indústria segue um caminho de crescimento de 0,4% para 0,5% e por fim, o setor de serviços e comércio que tende a crescer de 0,9% para 1,3%.Logo, são perspectivas de projeções futuras, porque a teoria pode não se concretizar na prática tendo em vista as dificuldades que o Governo Federal possa enfrentar, pois é de extrema responsabilidade ter uma clareza na gestão, organização, responsabilidade com o orçamento, gastos públicos e o dinheiro do pagador de impostos.

O IGF, é um imposto definido pela alta progressividade e senso de justiça tributária, o apelo político ao tema é relevante, pois trata de tributar uma pequena parcela rica da sociedade, mas também deve-se analisar com extremo cuidado os impactos e sua benesses no âmbito social e econômico. Mediante ao que já foi comentando até aqui, o que seria considerado uma grande fortuna em síntese?

Em síntese, a resposta mais simples seria que uma grande fortuna é caracterizada por um patrimônio líquido acumulado por um indivíduo ou empresa. O patrimônio líquido é calculado quando se subtrai as dívidas e obrigações financeiras do valor total dos ativos, esses podem incluir dinheiro, investimentos, imóveis, propriedades, ações de empresas, obras de arte, veículos de luxo e outros bens de alto valor. Todavia, é importante ressaltar que os limites para uma grande fortuna podem ser subjetivos e variam conforme o contexto social e econômico de cada país. O conceito de grande fortuna está relacionado à concentração significativa de riqueza em comparação com a média da população e pode ser influenciado por fatores como a distribuição de renda, o custo de vida e as disparidades socioeconômicas.

No Brasil, o tema em questão está previsto na Constituição Federal de 1988, no inciso VII, do Art. 153, porém, o IGF nunca foi instituído no Brasil, mas o legislador constituinte da época estabeleceu um conjunto de princípios tributários. Dessa maneira, a tributação deveria ser direta, ou seja, progressiva, mas a partir dos anos 90 e ao longo do governo do ex-presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, aprofundou-se a regressividade do sistema tributário brasileiro.

De acordo, com a pesquisa da FGV, Fundação Getúlio Vargas, os dados do IRPF, gerados pela RFB, Receita Federal do Brasil, permite melhor analisar a renda dos

indivíduos que são considerados mais ricos no país. Dessa forma, o imposto seria cobrado apenas sobre os patrimônios considerados grandes fortunas, por via de uma alíquota estabelecida para a tributação e assim, uma parcela bem pequena da população seria pagaria esse tipo de imposto, porque além de ser a mais rica, também é a que atua na circulação de riquezas e investimentos no país. O IGF teria como alvo o 0,1% dos brasileiros com salários mais abastados no país, juntamente com um imposto sobre a propriedade e regras mais rígidas contra a evasão fiscal.

Em detrimento dos pontos acima mencionados, é muito importante diferenciar os modelos regressivo e progressivo, visto que, o modelo regressivo é o adotado no país. Dessa forma, o imposto regressivo incide sobre o consumo, e tem como principal característica que grande parte da população e das empresas acabará sendo atingidas em certa medida, principalmente o terceiro setor, ou seja, comércio e serviços, pois o imposto é, em última análise, independente da renda e do patrimônio cobrado, de maneira semelhante para quem tem um poder aquisitivo maior ou menor. Logo, a alta carga tributária mediante ao modelo regressivo estabelecido se anexa aos problemas de desigualdades sociais do país, sendo estes os mais relevantes a princípio, desemprego, que está com a porcentagem de 8,8% a desocupação de brasileiros no primeiro trimestre de 2023 mediante os dados coletados pela PNAD, Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios Contínua do IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, sendo seguido por, menos formação superior, ensino de baixa qualidade, falta de saneamento básico, desigualdade alimentar, precariedade na saúde pública, precariedade no transporte público e favelização, ou seja, acaba-se não tendo mudanças expressivas ou eficazes para dirimir estes problemas.

O modelo progressivo se baseia na tributação sobre a renda, ou seja, quem tem mais dinheiro, paga mais impostos. Assim sendo, o que difere os dois sistemas é que o progressivo impacta na justiça fiscal e analisando a teoria, conclui que existe um respeito perante a contribuição dos indivíduos através do poder aquisitivo de cada um, enquanto o regressivo pode ser classificado como pouco democrático. Dessa maneira, o progressivo dá ênfase aos impostos diretos, no qual, o IR, Imposto de renda, para pessoa física e IRPJ,

Imposto de Renda para pessoa jurídica, para empresas é o fator determinante, pois o indivíduo ou empresa passa a pagar os tributos conforme sua própria receita e as alíquotas vão subindo com a faixa de renda.

O Projeto de Lei 2337/21 foi aprovado pela Câmara dos Deputados em setembro de 2021, com o objetivo de refletir no corrente ano, 2023, as regras revisadas para isenções de IR, Imposto de Renda, e, portanto, na tabela atual, primeiro a alíquota, segundo, a parcela, ou seja, a redução mensal que a Receita Federal faz à pessoa física, levando em consideração a extensão da isenção, e por fim, da base de cálculo, ao valor total do salário com os rendimentos tributáveis da outra pessoa. Essas mudanças estão atreladas à reforma tributária do país que está em discussão nas câmaras legislativas, portanto, com a mudança no quadro de isenções, a expectativa é de que caia o número de pessoas que não pagam Imposto de Renda em 2023. É de 16,3 milhões de pessoas, diferentemente de 2021, que o número é de 10,7 milhões, segundo o Ministério das Fazenda.

Aqueles que normalmente são obrigados a declarar IR, Imposto de Renda, são aqueles com rendimentos tributáveis superiores a R$ 28.380, vinte e oito mil trezentos e oitenta reais, em 2022; recebeu mais de R$ 142.798,00, cento e quarenta e dois mil, setecentos e noventa e oito reais, provenientes de operações rurais até 2022; rendimentos recebidos isentos, não tributáveis ou tributados integralmente na fonte, no valor superior a 40 mil, quarenta mil reais; durante um mês, o ganho com a venda do imóvel ou do direito está sujeito ao Imposto de Renda de 2023; negociação no mercado de ações; possuir bens ou direitos com valor superior a 300 mil, trezentos mil reais em 31 de dezembro de 2021; e por fim, são estrangeiros e residem no Brasil.

No Senado Federal existem quatro Projetos de Lei em discussão, sobre o IGF, Imposto sobre Grande Fortuna, o PLS 315/2015, do senador Paulo Paim (PTRS), PLP 183/2019, de autoria do senador Plinio Valério (PSDB-AM), o PLP 38/2020, do senador Reguffe (PODEMOS-DF) e o último PLP 50/2020 de autoria da senadora Eliziane Gama (CIDADANIA – MA).

Os parlamentares, líderes sindicais e movimentos sociais que em comum tem uma visão política ideológica de esquerda, apontam pela PLS 315/2015, a medida seria uma alternativa para aumentar o caixa do governo federal e assim, salvaria vidas, pois de acordo com esses indivíduos, os dados da Pnad Continua, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Continua segundo o IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, apontam que o rendimento médio mensal de trabalho de 1% da parcela mais rica do Brasil foi quase 34 vezes maior que da metade mais pobre de 2018. Logo, com os dados citados anteriormente, o resultado necessário seria de aumentar a distribuição de renda, corrigir as injustiças fiscais, tributar os mais ricos e o lucro dos bancos renderia uma arrecadação de R$ 272 bilhões aos cofres públicos assim, a medida afetaria apenas os 3% da população com renda mensal de R$ 80 mil reais e patrimônio líquido superior a R$ 22 milhões de reais.

O autor de um dos projetos que propõe a criação do imposto sobre grandes fortunas, o senador, Plinio Valério (PSDB- AM) ressalta que o mais rico tem que contribuir com uma cota para a superação da crise econômica. De acordo, com o PLP 183/2019, o IGF, vale para quem tem patrimônio líquido superior a R$ 22,8 milhões, com alíquotas entre 0,5% e 1%, assim, na visão do Senador "Tributar fortunas é uma forma de continuar lutando pelo equilíbrio tributário, principalmente agora que as novas medidas de crédito privilegiarão os mais ricos. É hora de toda a sociedade fazer a sua parte, inclusive os mais abastados financeiramente".

Desde o início da pandemia do covid-19, dois projetos de lei sobre o tema foram apresentados no Senado Federal, sendo um deles da senadora, Eliziane Gama (Cidadania-MA), PLP 50/2020 no qual, se discute a criação do imposto e sugere uma medida que poderia gerar efeitos imediatos, como por exemplo: o empréstimo compulsório aplicado às grandes fortunas. A proposta chegou a ser incluída pelos líderes partidários em uma lista de projetos prioritários do Senado para o enfrentamento da pandemia da covid-19, mas ainda não foi colocada em votação no plenário até o presente momento.

De acordo, com a Agência Senado, a outra proposta correlacionada ao período da pandemia que foi colocado em pauta é o PLP 38/2020, do Senador Reguffe (PODEMOS-

DF), que institui a discussão sobre o imposto sobre grandes fortunas, a ser cobrado durante período de calamidade pública no país, das contribuintes pessoas físicas cujo patrimônio líquido exceda o montante de cinquenta mil salários mínimos e a alíquota de meio ponto percentual ao ano. Contudo, ao final do mandato do senador, a proposta recebeu o status de arquivada. Portanto, até o momento, nenhum projeto de lei específico sobre esse tema foi aprovado pelas câmaras legislativas e sancionado pelo atual governo federal através da figura do Presidente da República em exercício.

Análise sobre os Impactos Econômicos e Sociais no Brasil

O sistema econômico brasileiro tendo um IGF, Imposto sobre Grandes Fortunas, implementado na prática passa a ter medidas econômicas voltadas a um tributo direto, ou seja, progressivo, assim, a taxa de imposto torna-se elevado à medida que o rendimento ou os ativos do contribuinte aumentam. Este tipo de sistema fiscal visa cobrar mais impostos sobre a renda ou riquezas conforme os que apresentam mais recursos financeiros. Logo, a fim de promover uma maior justiça na distribuição da carga e das receitas fiscais, mediante uma legislação debatida com responsabilidade pelos parlamentares, visando ter uma isonomia tributária, pode-se trazer algumas mudanças econômicas no Brasil.

O primeiro seria, a redução da desigualdade no rendimento e na riqueza, uma vez que taxas de impostos mais elevadas afetam os contribuintes com maior poder aquisitivo, isto pode levar a uma distribuição mais equitativa dos recursos econômicos. O segundo, a redistribuição de recursos, pois com alíquotas mais elevados para quem ganha mais, o governo arrecadará mais impostos para os cofres públicos, podendo redirecionar o financiamento para a educação, saúde, serviços sociais, habitação, segurança, gestão ambiental, tecnologia e outros que beneficiem a população, principalmente as mais vulneráveis. E o terceiro, consequentemente em seguimento do que foi citado anteriormente, ou seja, aumentos das receitas do governo devido às taxas de imposto mais elevadas, tende a ser utilizado para financiar também despesas públicas, reduzir défices orçamentais e investir em projetos de infraestrutura, transporte público e saneamento básico. Logo, seriam possíveis mudanças com um viés mais benéfico a longo prazo.

Todavia, também cabe analisar os impactos desafiadores e negativos como, por exemplo, o quarto, efeito na poupança e nos investimentos, alguns especialistas argumentam que taxas de impostos mais elevadas podem desencorajar os empresários, investidores e empreendedores, pois uma vez que os indivíduos têm menos incentivos para poupar e investir, já que uma parte significativa do seu rendimento pode ser tributada, o mercado pode vir a sofrer impactos negativos e os investimentos estrangeiros não ficarem no Brasil, tendo uma fuga de capitais.

O quinto, incentivo ao emprego, em um sistema fiscal progressivo, à medida que o rendimento aumenta, o adicional é tributado a uma taxa mais elevada, assim, pode desencorajar a classe trabalhadora, uma vez que os indivíduos podem considerar os salários adicionais menos atraentes devido às taxas de imposto mais elevadas. Sexto, planejamento tributário, os pagadores de alta renda podem usar estratégias de planejamento tributário para minimizar os impactos na sua própria carga tributária, com isso pode envolver opções de investimento, deduções fiscais e outras atividades legais destinadas a otimizar posições fiscais.

O sétimo, efeitos nas empresas familiares, pois o imposto sobre grande fortuna, pode afetar esses empreendimentos de longa data que muitas vezes estão vinculados ao patrimônio assim, traria prejuízos a sucessão empresarial e a continuidade das empresas. O oitavo, queda na produtividade, alguns críticos argumentam que a produtividade e o trabalho árduo seriam afetados, porque os indivíduos podem sentir-se injustamente penalizados pelo seu sucesso financeiro.

Os dois últimos pontos relevantes, nono, impacto no consumo, pois com impostos progressivos pode-se trazer efeitos negativos para os padrões do mercado, especialmente entre pessoas com rendimentos mais elevados. Dessa maneira, alguns indivíduos podem optar por gastar menos em bens e serviços que não são considerados essenciais devido a ao aumento de impostos e assim, gerar uma desaceleração econômica.

Por, fim, décimo, equilíbrio entre eficiência e equidade, tende a promover e impactar a distribuição do rendimento e da riqueza, sem prejudicar indevidamente a eficiência econômica e as atividades produtivas, mas é importante salientar que o impacto

econômico de um sistema fiscal progressivo pode variar dependendo de muitos fatores, incluindo a estrutura global da economia, as políticas econômicas e fiscais adotadas pelo governo em exercício, bem como os indivíduos e as empresas respondem às mudanças nas taxas de imposto.

3 CONCLUSÃO/CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se a dificuldade que o envolve, pois, a elevada carga tributária que é influenciada pelo sistema regressivo adotado no país faz com que se tenha empecilhos no ambiente de negócios resultando queda nos investimentos, falta de ambiente para geração de empregos, complexidade para unificar tributos e o quanto a falta de preocupação da classe política perante a carga tributária faz as desigualdades fiscais e sociais atrapalhem a população.

A Constituição Federal de 1988, no inciso VII, do Art. 153, prevê que o Sistema Tributário tem a prospecção de se tornar mais progressivo, porém, o IGF, Imposto sobre Grande Fortuna, nunca foi instituído no Brasil, e se implementado precisará de uma legislação complementar, mesmo que o constituinte da época tenha deixado estabelecido um conjunto de princípios tributários.

O imposto sobre grande fortuna seria uma política tributária que busca aumentar a arrecadação do Estado através da cobrança de impostos sobre a riqueza acumulada por indivíduos ou empresas, já que esses tem uma capacidade maior de acumular fortuna e patrimônio, enquanto a maioria da população tem menos recursos e enfrenta mais dificuldades para alcançar uma condição financeira confortável. Nesse sentido, muitos países tem discutido a implementação de políticas fiscais que visem a redistribuição de renda e a redução das disparidades entre os mais ricos e os mais pobres.

As possíveis vantagens aplacariam resultados nesses setores: equidade, justiça social e tributária, e sonegação fiscal; mas, também, houve uma análise das desvantagens, que impactaria na fuga de capitais e as medidas intervencionistas do adotadas pelo governo federal na avaliação do patrimônio, empresas familiares, empreendimentos resultaria em uma estagnação econômica.

Essas vantagens se relacionam com os objetivos de equidade, justiça social e arrecadação de recursos para investimentos públicos, ou seja, justiça tributária. O primeiro, a taxação das grandes fortunas pode ajudar a corrigir distorções no sistema tributário, garantindo que aqueles que têm maior capacidade financeira contribuam de forma proporcionalmente mais significativa. Isso pode ajudar a equilibrar a carga tributária e tornar o sistema fiscal mais justo, evitando que os mais pobres suportem uma carga excessiva de impostos.

O segundo, justiça social, o imposto arrecadado sofreria influência direta do que foi citado anteriormente assim, poderia ser aplicado em saúde, educação, infraestrutura, segurança, programas sociais entre outras políticas públicas voltadas para o combate às fragilidades dos estados mais pobres. Sendo o principal objetivo, melhorar os índices de desigualdade entre os brasileiros. Do mesmo modo, o terceiro ponto, a justiça tributária, incentivaria os mais ricos a investir seus recursos em projetos e iniciativas sociais, ou seja, evitaria o pagamento de impostos elevados por parte da população que tem um poder aquisitivo menor.

O terceiro ponto, a justiça tributária, incentivaria os mais ricos a investir seus recursos em projetos e iniciativas sociais, ou seja, evitaria o pagamento de impostos elevados por parte da população que tem um poder aquisitivo menor. O quarto ponto, sonegação fiscal e à evasão de impostos, pois ao tributar de forma mais efetiva as grandes fortunas, seria necessário aumentar a transparência financeira e a conformidade tributária. Sendo assim, ajudaria a fortalecer o sistema fiscal brasileiro e garantir que todos contribuam de acordo, com sua capacidade econômica.

O quinto ponto, as empresas familiares e empreendimentos de pequeno porte que possuem patrimônios consideráveis podem enfrentar dificuldades para pagar impostos sobre a própria riqueza acumulada e assim, pode gerar falência e um impacto negativo em relação ao emprego e economia local.

E, por último, sexto, estagnação econômica, alguns críticos argumentam que altas taxas de impostos sobre grandes fortunas podem desencorajar a criação de riqueza e o empreendedorismo, levando à estagnação econômica. Essa visão sugere que os

indivíduos mais ricos podem ser menos incentivados a assumir riscos e a investir em novos empreendimentos, o que pode prejudicar a dinâmica econômica e a inovação. Portanto, é relevante esclarecer que o IGF, Imposto sobre Grandes Fortunas, pode trazer implicações econômicas negativas, pois é um assunto complexo e sujeito a diferentes perspectivas.

A implementação efetiva dessa política requer cuidados na elaboração da legislação complementar considerando os âmbitos econômico e social, ou seja, deve-se evitar um cenário que prejudique a dinâmica econômica, a criação de empregos, a competitividade do país em relação as empresas internacionais, a desmotivação dos empresários e futuros investidores ao assumir ricos e empreendimentos no país. É necessário encontrar um equilíbrio entre a busca por uma maior justiça fiscal, garantia de um ambiente propício aos investimentos e ao crescimento econômico assim, facilitaria o bem-estar da população e impactaria nos índices sobre desigualdades sociais.

Outro ponto, relevante, abordado no trabalho é sobre a reforma tributária e a tributação de grandes patrimônios, pois são tópicos diferentes, mas relacionados, no contexto da política econômica. Enquanto a reforma tributária busca uma revisão ampla e abrangente o sistema tributário todo, a tributação de patrimônios é uma medida específica relacionada a arrecadação de impostos sobre os bens e propriedades de pessoas físicas ou jurídicas. Assim sendo, tributação de patrimônios é uma alternativa para buscar maior justiça fiscal, conforme a capacidade contributiva de cada indivíduo. Logo, essa medida tem sido discutida em diversos países como forma de reduzir as desigualdades sociais e aumentar a arrecadação do Estado.

No Brasil, a tributação de patrimônios é um tema que tem sido debatido nos últimos anos, mas não houve até o presente momento uma implementação efetiva desse tema, mesmo ele sendo previsto na Constituição de 1988. Porém, existem projetos de lei em discussão nas casas legislativas sobre como essa tributação poderia ser aplicada no país, pois necessita de lei complementar, assim, quais seriam as alíquotas e faixas de patrimônio sujeitas a tributação.

Com o trabalho é possivel constatar que o sistema tributário brasileiro impacta nos setores econômicos, sendo o primário, agricultura e pecuária; secundário, indústria e terciário, comércio e serviços. Dessa maneira, os problemas fiscais e sociais que também são complexos recebem influência direta da elevada carga tributária do país, pois os impostos, taxas e contribuições de melhorias arrecadados pelo Estado não são devolvidos para a sociedade em forma de serviços de qualidade que venham a ter uma melhorá ou avanço por exemplo, geração de emprego, educação, saúde, infraestrutura, segurança pública entre outros.

O objetivo deste trabalho foi analisar os pontos relevantes do debate sobre a tributação das grandes fortunas no Brasil e se este será de fato introduzido e qual impacto teria no contexto econômico e social do país e na geração futura. Para isso, foi necessário compreender como funciona o sistema tributário nacional, quais são os problemas e desafios que atualmente levam o Brasil a ter uma das maiores cargas tributários do mundo e, portanto, a prestar serviços públicos de má qualidade à população, que gera, desigualdades sociais e econômicas.

Os resultados e discussões analisaram os impactos econômicos e sociais e as suas possíveis vantagens e desvantagens, ou seja, os benefícios aplacariam resultados nos setores de: equidade, justiça social e tributária, e sonegação fiscal; todavia, as desvantagens, impactariam na fuga de capitais e as medidas intervencionistas adotadas pelo governo federal na avaliação do patrimônio, empresas familiares, empreendimentos resultaria em uma estagnação econômica.

REFERÊNCIAS

12.SENADO.LEG. **Progressividade/Regressividade**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/guia-de-economia/progressividade-regressividade#:~:text=Um%20sistema%20tribut%C3%A1rio%20%C3%A9%20considerado,mais%20de%20quem%20ganha%20menos. Acesso em: 3 jun. 2023.

12.SENADO.LEG. **Senadores pedem votação de proposta para taxar grandes fortunas Fonte: Agência Senado**. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/14/senadores-pedem-votacao-de-proposta-para-taxar-grandes-fortunas. Acesso em: 2 jun. 2023.

ABRASEL. **Brasil é o 2º país do mundo que mais tributa empresas**. Disponível em: https://abrasel.com.br/revista/legislacao-e-tributos/brasil-e-o-2-pais-do-mundo-que-mais-tributa-empresas-1/#:~:text=Dentre%20111%20pa%C3%ADses%2C%20o%20Brasil,fica%20na%20frente%20do%20Brasil. Acesso em: 12 mai. 2023.

AGENCIA BRASIL. **Pandemia acentuou desigualdade brasileira, aponta estudo da FGV**. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-02/pandemia-acentuou-desigualdade-brasileira-aponta-estudo-da-FGV#:~:text=Com%20a%20metodologia%20usual%20do,%2C7066%20para%200%2C7068. Acesso em: 30 mai. 2023.

AGILIZE BLOG . **Imposto de Renda 2023: guia completo para PF e PJ!**. Disponível em: https://agilize.com.br/blog/contabilidade-online/imposto-de-renda-2023/. Acesso em: 18 ago. 2023.

ALEXANDRE; RICARDO. **DIREITO TRIBUTARIO ESQUEMATIZADO** . 10. ed. SÃOPAULO: ED, 2016. p. 44-296.

APET. **A REGRESSIVIDADE DO NOSSO SISTEMA TRIBUTÁRIO É INCOMPATÍVEL COM NOSSA CONSTITUIÇÃO**. Disponível em:

https://apet.org.br/artigos/a-regressividade-do-nosso-sistema-tributario-e- incompativel-com-nossa-constituicao/. Acesso em: 20 mai. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/ocde. Acesso em: 11 mai. 2023.

BBC NEW BRASIL. **4 dados que mostram por que Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, segundo relatório**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59557761#:~:text=O%201%25%20mais%20rico%20possui,9%25)%20da%20riqueza%20nacional. Acesso em: 15 ago. 2023.

CAMARA.LEG. **Reforma tributária divide especialistas sobre nível de arrecadação e pacto federativo Fonte: Agência Câmara de Notícias**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/884489-reforma-tributaria-divide- especialistas-sobre-nivel-de-arrecadacao-e-pacto-federativo/. Acesso em: 24 mai. 2023.

CAMARA.LEG. **SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E PROPOSTAS DE REFORMA**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos- e-notas-tecnicas/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-

jun-2019#:~:text=Ao%20conjunto%20das%20normas%20destinadas,decretos%2C%20instru%C3%A7%C3%B5es%20normativas%2C%20etc. Acesso em: 15 mai. 2023.

CFA.ORG. **Carga Tributária: Imposto alto, pouca entrega de serviços**. Disponível em:https://cfa.org.br/imposto-alto-pouca-

entrega/#:~:text=No%20ranking%20da%20'Organiza%C3%A7%C3%A3o%20para,maior%20carga%20tribut%C3%A1ria%20(CT). Acesso em: 8 mai. 2023.

CNN BRASIL . **Brasileiros já pagaram mais de R$ 1 trilhão em impostos desde o início do ano**. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/economia/brasileiros-ja-pagaram-mais-de-r-1-trilhao-em-impostos-desde-o-inicio-do-ano/#:~:text=O%20montante%20equivale%20ao%20valor,43%20em%20impostos%20no%20total. Acesso em: 3 mai. 2023.

CONJUR. **O conceito de justiça fiscal na tradição ocidental**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-mai-19/embargos-culturais-conceito-justica-fiscal-tradicaoocidental#:~:text=A%20justi%C3%A7a%20fiscal%20%C3%A9%20uma%20justi%C3%A7a%20legal%20. Acesso em: 2 jun. 2023.

CONTABILIZEI.BLOG. **O que é preciso saber sobre regime de tributação?**. Disponível em: https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/o-que-e-preciso- saber-sobre-regime-de-tributacao/. Acesso em: 3 mai. 2023.

FACILITE.CO. **Tributos, taxas e impostos. Qual a diferença entre eles?**. Disponível em: https://www.facilite.co/tributos-taxas-e-impostos-qual-a-diferenca- entre-eles/. Acesso em: 1 mai. 2023.

FGV IBRE . **Distribuição de renda no Brasil e o papel dos rendimentos além do trabalho para a desigualdade: uma análise do período 2012-19**. Disponível em: https://blogdoibre.fgv.br/posts/distribuicao-de-renda-no-brasil-e-o-papel-dos-rendimentos-alem-do-trabalho-para-desigualdade. Acesso em: 18 mai. 2023.

FIA.COM. **Como está a economia do Brasil atualmente e perspectivas para 2023**. Disponível em: https://fia.com.br/blog/como-esta-a-economia-do-brasil/. Acesso em: 9 ago. 2023.

FIRMINO; GEORGE. **DIREITO TRIBUTÁRIO DESCOMPLICADO**. 2. ed. [S.l.]: EDITORA FERREIRA, 2018. p. 3-3.

FORBES . **Taxar Grandes Fortunas no Brasil é ineficaz, afirma advogados** . Disponível em: Taxar grandes fortunas no Brasil é ineficaz, afirmam advogados Leia mais em: https://forbes.com.br/forbes-money/2023/03/os-desafios-de-taxar-grandes-fortunas-no-brasil/. Acesso em: 1 mai. 2023.

GAZETA DO POVO. **BRASIL SOB SEIS POSIÇÕES EM LIBERDADE ECONÔMICA,MAS PROGNÓSTICO COM NOVAS MEDIDAS DO PT É RUIM** . Disponível em:

https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/brasil-sobe-seis-posicoes-em-liberdade-economica-mas-prognostico-com-novas-medidas-do-pt-e-ruim/#:~:text=Nesta%20edi%C3%A7%C3%A3o%20do%20estudo%2C%20o,est%C3%A1vel%20nos%20%C3%BAltimos%20quatro%20anos. Acesso em: 31 mai. 2023.

IBASE.BR. **Pesquisa da FGV aponta aumento da desigualdade social após a pandemia**. Disponível em: https://ibase.br/pesquisa-da-fgv-aponta-aumento-da- desigualdade-social-apos-a-pandemia/?gclid=CjwKCAjwyeujBhA5EiwA5WD7_VZb-F8y72erfF9zZ_Gt_1DF646YMk3gxX0F6cXnQy-tz7koHjakmxoCZngQAvD_BwE. Acesso em: 3 jun. 2023.

IBPT. **Brasil tem alta carga tributária, mas continua oferecendo menor retorno à população**. Disponível em: https://ibpt.com.br/brasil-tem-alta-carga-tributaria-mas-continua-oferecendo-menor-retorno-a-populacao/#:~:text=Pela%20quarta%20vez%20consecutiva%2C%20o,%2C%20seguran%C3%A7a%2C%20transporte%20e%20outros. Acesso em: 10 mai. 2023.

INTELIGOV . **Como seria o imposto de grandes fortunas?**. Disponível em: https://www.blog.inteligov.com.br/impostos-grandes-fortunas. Acesso em: 21 ago. 2023.

IPEA. **Retrato dos rendimentos do trabalho – resultados da PNAD Contínua do primeiro trimestre de 2023**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/tag/desigualdade-de-renda/.

Acesso em: 10 jul. 2023.

JORNAL.USP. **Taxar os super-ricos e grandes fortunas não resolve o problema**. Disponível em: https://jornal.usp.br/radio-usp/taxar-os-super-ricos-e-grandes- fortunas-nao-resolve-o-problema/#:~:text=Na%20realidade%2C%20eles%20s%C3%A3o%20menos,R%24

%205%2C2%20mil. Acesso em: 3 jun. 2023.

JUSBRASIL. **Constituição Federal | CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em:

https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/188546065/constituicao-federal-constituicao- da-republica-federativa-do-brasil-1988. Acesso em: 4 mai. 2023.

MACKENZIE . **O Brasil ocupa a posição 114 entre 165 jurisdições em Liberdade Econômica**. Disponível em: https://www.mackenzie.br/noticias/artigo/n/a/i/o-brasil-

ocupa-a-posicao-114-entre-165-jurisdicoes-em-liberdade-economica. Acesso em: 25 mai. 2023.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Organização para a Cooperação eDesenvolvimento Econômico -OCDE**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/busca-geral/480-gabinete-do-ministro-1578890832/assessoria-internacional-1377578466/20746-organizacao-para-a-cooperacao-e-desenvolvimento-economico-ocde. Acesso em: 8 mai. 2023.

MINISTÉRIO DA FAZENDA . **Carga Tributária do Governo Geral**. Disponível em: https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/carga-tributaria-do-governo-geral/2022/114#:~:text=Em%202022%2C%20a%20carga%20tribut%C3%A1ria,PIB%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202021. Acesso em: 25 mai. 2023.

MISES BRASIL . **Quatro consequências inesperadas de se aumentar os impostos sobre os mais ricos**. Disponível em: https://mises.org.br/article/2740/quatro-consequencias-inesperadas-de-se-aumentar-os-impostos-sobre-os-mais-ricos.

Acesso em: 16 ago. 2023.

MONTECASTELO.ORG. **Índice de Liberdade Econômica 2023**. Disponível em: https://montecastelo.org/indice2023/. Acesso em: 16 mai. 2023.

OBSERVATÓRIO DE POLÍTICA FISCAL . **Experiência internacional do Imposto sobre Grandes Fortunas na OCDE**. Disponível em: https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/politica-economica/pesquisa-academica/experiencia-internacional-do-imposto-sobre-grandes-fortunas-na. Acesso em: 28 mai. 2023.

PLANALTO.GOV.BR. **CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL** . Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 8 ago.2023.

POLITIZE . **A CARGA TRIBUTÁRIA NO BRASIL EM COMPARAÇÃO COM OUTROS PAÍSES**. Disponível em:https://www.politize.com.br/tributos-e- desigualdade/a-carga-tributaria-no-brasil-em-comparacao-com-outros-paises/.
Acesso em: 27 mai. 2023.

POLITIZE. **Https://www.politize.com.br/financiamento-de-servicos-publicos/**. Disponível em: https://www.politize.com.br/financiamento-de-servicos-publicos/. Acesso em: 30 mai. 2023.

POLITIZE. **Imposto sobre grandes fortunas: você sabe como funciona?** . Disponível em: https://www.politize.com.br/impostos-sobre-grandes-fortunas/. Acesso em: 5 mai. 2023.

POLITIZE. **Tributos e Desigualdade**. Disponível

em: https://www.politize.com.br/tributos-e-desigualdade/?gclid=Cj0KCQjw98ujBhCgARIsAD7QeAi0RqKDlmPlhnSqoBf5oHVbGnvTfG1n1N1BU0FH_AzJeVloikYeuPEaAq4iEALw_wcB. Acesso em: 19 mai. 2023.

PORTAL DA INDÚSTRIA . **Entenda a economia do Brasil, seu contexto, atualidades e perspectiva**. Disponível em: https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/economia/#:~:text=O%20setor%20terci%C3%A1rio%2C%20%C3%A9%2C%20atualmente,e%20pela%20presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20servi%C3%A7os.

Acesso em: 1 jul. 2023.

PORTAL DA INDÚSTRIA. **O que é Reforma tributária e que muda**. Disponível em: https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/reforma-tributaria/. Acesso em: 15 mai. 2023.

PORTAL DA INDÚSTRIA. **O sistema tributário brasileiro é complexo, burocrático e repleto de distorções**. Disponível em: https://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/reforma-tributaria/entenda/problemas-do-sistema-tributario/#:~:text=O%20sistema%20tribut%C3%A1rio%20eleva%20os,Fisco%2C%20resultando%20em%20elevado%20contencioso. Acesso em: 7 mai. 2023.

SANTANDERTRADE. **Economia do Brasil**. Disponível em: https://santandertrade.com/pt/portal/analise-os-mercados/brasil/economia. Acessoem: 30 mai. 2023.

TRENDSCE. **Após mais de 30 anos, reforma tributária deve "sair do papel" e impulsionar economia *Leia mais em* https://www.trendsce.com.br/2023/05/01/apos-mais-de-30-anos-reforma- tributaria-deve-sair-do-papel-e-impulsionar-economia/**. Disponível em: https://www.trendsce.com.br/2023/05/01/apos-mais-de-30-anos-reforma-tributaria- deve-sair-do-papel-e-impulsionar-economia/. Acesso em: 20 mai. 2023.

UNICAMP. **O Brasil tem a maior carga tributária do mundo?**. Disponível em: https://www.blogs.unicamp.br/sobreeconomia/2022/05/02/o-brasil-tem-a-maior-carga-tributaria-do-mundo/. Acesso em: 1 mai. 2023.

UNIFESP. **Sistema tributário nacional: impactos de um sistema regressivo de tributação**. Disponível em: https://repositorio.unifesp.br/handle/11600/62863. Acesso em: 29 mai. 2023.

PROCESSOS LOGÍSTICOS REALIZADOS NO MARKETPLACE MERCADO LIVRE E DESAFIOS E ESTRATÉGIAS DAS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

GOMES, Gustavo Henrique [1]
REIS, Ubiratan Bagas do[2]

O presente estudo tem por escopo a análise da tributação incidente no processo logístico inerente a comercialização de produtos dentro da plataforma de marketplace Mercado Livre. Inicia-se a pesquisa pela explanação da estrutura do mercado de venda de bens e serviços em plataformas eletrônicas, com enfoque no processo logístico de entrega das mercadorias e precificação delas. No terceiro capítulo se avança para análise especifica das etapas do processo e terceiros prestadores de serviço envolvidos, com a estratégia utilizadas pela empresa Mercado Livre. Ainda como objetivo específicos, no quarto capítulo de aborda a tributação inerente ao processo logístico de tributação e os reflexos decorrentes da adoção de estratégias de mercado. Frisa-se que se adota como premissa que se cada parte da cadeia, desde consumidor ao prestados de serviço, recolhe proporcionalmente o tributo conforme a contribuição prestada para o serviço como um todo, questionando criticamente o fato da concentração de incidência de maneira integral na venda propriamente dita. Como resultado alcançado pondera sobre a necessidade de aperfeiçoamento, do sistema tributária a fim de evitar o acúmulo da base de cálculo, o não conhecimento da base de cálculo e a falta de prática do fato gerador.

Palavras-chaves: Comércio Eletrônico; Logística de Transporte; Planejamento Tributário.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Graduando em Direito pela Universidade de Araraquara UNIARA – E-mail: ghgomes@uniara.edu.br
[2]Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Marília. Professor de Direito Tributário da Universidade de Araraquara UNIARA E-mail: ubiratanreis@uniara.edu.br / ubreis@gmail.com . Orcid: https://orcid.org/0000-0002-6796-5195.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho decorre dos estudos sobre a tributação incidente operações logísticas de transportes de mercadorias comercializadas online na plataforma de marketplace do Mercado Livre. Buscar-se-á, através de uma análise do processo logísticos de transporte de mercadorias, possíveis inconsistências na tributação, como o não conhecimento da base de cálculo para incidência de impostos, o recolhimento de imposto sem a devida ocorrência do fato gerador, a cumulatividade da base de cálculo e possíveis erros de legitimidade ativa.

Diante da complexidade da legislação tributária, o empreendedor precisa ter o conhecimento para fins de recolher corretamente seus tributos, evitando excessivos pagamentos que se tornam verdadeiros impedimentos para o crescimento dos negócios, em especial às pequenas empresas, bem como, ponderar a melhor estratégia a fim de se tornar competitivo no mercado.

A evolução no cenário dos marketplaces, de certa forma, não teve acompanhamento das normas tributárias, ensejando lacunas normativas, potencializando a sensação de insegurança jurídica e dando margens a diferentes interpretações, já que se tratando de uma complexa e imensa operação, não se conhece ao certo como os processos funcionam.

Nesse caso, em específico, analisaremos os processos de venda na plataforma do Mercado Livre, que, segundo dados do próprio site, é uma das maiores plataformas de comércio eletrônico da América Latina, com mais de 3 milhões de vendedores e 70 milhões de compradores ativos, operando hoje no Brasil e em mais 17 países.

De acordo com o relatório financeiro disponibilizado na plataforma, no ano de 2022 superou o valor de 34 bilhões de dólares em volume total de mercadorias vendidas, sendo que o site recebe em torno de 509 visitas por segundo e realiza em média 36 vendas no mesmo período. Mais do que faturamento, um importante dado disponibilizado pela

plataforma para esse estudo é o volume de envios realizados em 2022, que supera o total de 1 bilhão de itens.

O Mercado Livre, diferentemente de outras plataformas de comércio eletrônico, possui uma estrutura de logística própria, denominada Mercado Envios. Essa estrutura conta com avançado perfil tecnológico, agências de postagem, centros de armazenagem e distribuições e transportadores terceirizados, estrutura que retira a autonomia dos vendedores da plataforma em qualquer margem de negociação sobre o frete oferecido ao consumidor, sendo que o cálculo e a cobrança dos valores pelo serviço é de inteira responsabilidade da empresa agenciadora, que, a cada frete vendido, gera um Conhecimento de Transporte Eletrônico, ainda que não realize efetivamente o serviço.

Partindo de uma premissa de necessidade de análise de eventual insegurança tributária, evidente que, tanto para os vendedores de e-commerce, quanto para os prestadores de serviços logísticos desse meio, uma vez que este sistema, devido a lacunas quanto a atribuição de responsabilidade no recolhimento de impostos e falta de reconhecimento do processo como um todo, apresenta inconsistências.

No primeiro capítulo se explanará acerca da comercialização de mercadoria em plataforma digital, com enfoque na tributação de imposto sobre circulação de bens e serviços de comunicação ICMS, mormente em relação as diferenças efetivas de recolhimento a depender da logística de transporte.

No segundo capítulo se adentra a análise de estratégia de logística de transporte de mercadorias vendidas pelo Mercado Livre, Mercados de Envios, explorando as formas ou modalidades existentes realizadas quais sejam, por micro empresas, por agências e full.

No terceiro capítulo se aprofunda na análise da tributação do serviço de transporte de mercadoria e sua pertinência aos desafios comuns enfrentados por profissionais, analisando a estratégias e abordagens eficientes para lidar com disputas concorrências no mercado de venda em plataformas eletrônicas.

Espera-se, ao final dele, contribuir para o debate sobre a necessidade de simplificar e harmonizar as normas tributárias aplicáveis ao transporte de mercadorias no comércio eletrônico, bem como ilustrar aos profissionais as etapas do processo logísticos e os motivos que fizeram acreditar à existência de irregularidades neste meio, inclusive como meio de estratégia de negócios e lides decorrentes das operações originárias deste tipo de estrutura de negócio.

A intra e interdisciplinaridade se faz presente, seja pela análise conjunta de temas inerentes ao Direito, como princípio gerais tributário, como pontos específicos do direito econômico mormente no mercado de venda de bens e serviço por meio eletrônico. No decorrer dos estudos, pelo método dedutivo, se utiliza de pesquisa qualitativa e obras, artigos científicos sobre tributação.

2 - ANÁLISE DAS OPERAÇÕES DE FRETE NO MARKETPLACE MERCADO LIVRE

Para entendimento do tema objeto de estudo, se faz necessário o entendimento de alguns conceitos básicos que levaram a estruturação do mercado de bens e serviço por meio eletrônico. Conforme Turban et al. (2010), entende-se como comércio eletrônico a realização de transações comerciais por meio de plataformas eletrônicas, como a internet, que pode ser entre empresas e consumidores ou de empresas para empresas.

O e-commerce permite que as empresas vendam produtos e serviços através de suas lojas virtuais, redes sociais, marketplaces e outros canais online. Esse método de compra e venda permite que empresas realizem transações sem barreiras geográficas, físicas ou temporais. Turban et al (2015) defende que o comércio eletrônico tem sido impulsionado pelo aumento do acesso à internet, com o desenvolvimento de tecnologias de pagamento online, melhoria na infraestrutura do transporte e logística e melhores ofertas aos consumidores.

São várias as consequências de se pagar impostos em excesso. Em primeiro lugar, o pagamento desnecessário de impostos pode comprometer a saúde financeira de uma empresa, já que o dinheiro que poderia ser direcionado a outro setor e investido em outros aspectos no negócio é destinado ao pagamento de impostos que supostamente não são devidos pelo comerciante.

Em um segundo ponto, pode-se afirmar que com o aumento da carga tributária, os preços dos produtos e/ou serviços tendem a ficarem com valores mais elevados e menos competitivos no mercado, já que esses custos acabam sendo repassados aos consumidores.

Nesse contexto se adentra à atribuição da responsabilidade do frete é essencial para esse estudo, na exata medida em que ele integra a base de cálculo descrita na nota fiscal e, portanto, utilizada como critério quantitativo. O conhecimento desse valor é imprescindível para determinação do valor de venda de um produto, uma vez que um valor de frete elevado pode fazer o lucro da operação desaparecer.

Na plataforma, o valor do frete se dá em função do valor do produto e da sua modalidade de oferta, existindo diferentes variações relacionadas a responsabilidade do pagamento do serviço.

Nos produtos acima de R$ 78,90 se faz obrigatório o oferecimento de frete grátis na plataforma, sendo que, ao oferecer, você sabe exatamente quanto irá ser descontado do valor da venda, podendo, a critério do vendedor, incluir esse valor no produto. Observa-se, por oportuno, que um produto no valor de R$116,90, no qual já está embutido o valor do frete de R$17,95, dessa forma, o anúncio ficará aparecendo para o cliente como “frete grátis”.

Foram destacados na nota três aspectos importante:

1- O valor do frete vem zerado, mesmo que é conhecido pelo vendedor e pela plataforma que o serviço pago foi de R$17,95, como no demonstrativo do anúncio;

2- O valor total dos produtos e o valor total da nota são equivalentes. Com isso, apesar de o vendedor não ser o prestador do serviço de frete, ele tem como calcular o valor que será devido de imposto. Por exemplo, um vendedor que está na faixa inicial do Simples Nacional, com alíquota de 4%, paga o equivalente a R$4,67 de impostos, sendo que R$3,95 equivalem ao valor do produto (R$98,95) e R$0,71 equivalem ao valor do frete (R$17,95);
3- É identificado na nota fiscal o potencial transportador, que, por sua vez, ao prestar o serviço, emite conhecimento de transporte eletrônico no valor do serviço acordado, ainda que o valor efetivo do frete signifique uma quantia menor ou maior do que o combinado no momento de criação do anúncio.

Nota-se, que apesar de o valor do frete constar como R$ 0,00 na nota fiscal emitida pelo vendedor, é emitido o conhecimento de transporte eletrônico pela mesma transportadora no valor acordado no momento da criação do anúncio. O lançamento tanto da nota fiscal quanto do CT-e, já evidência o acúmulo de base de cálculo sobre o serviço de frete prestado, já que o vendedor realiza o recolhimento, ainda que indiretamente, na emissão de sua NF-e e, posteriormente, pela emissão de CT-e pela transportadora, como no exemplo abaixo:

Imediatamente após a venda, o valor total de R$ 116,90 é adicionado na conta corrente, seguido de 3 (três) descontos: tarifa de envio, tarifa de venda e custo de gestão de venda. Todas as transações possuem nota fiscal de serviço, emitidas de uma só vez com o fechamento da fatura mensal.

O vendedor nesse caso não tem qualquer influência sobre os serviços logísticos prestados. Não determina o valor, não determina prazo, não realiza o serviço e nem sequer a contratação. Os valores são descontados imediatamente da conta e o valor do frete compõe o valor da nota, sendo devido o imposto na totalidade do valor cobrado por um ente que não faz parte do processo logístico.

O segundo caso é referente aos produtos com valor igual ou inferior a R$78,90, nos quais é opcional a escolha do oferecimento de frete grátis. Caso a escolha seja por conceder o benefício, o procedimento é o mesmo do exemplo anterior, nos produtos acima desse valor, onde ao criar o anúncio, você sabe exatamente quanto pagará pelo frete e pode absorver ou incluir esse valor no preço do produto.

O problema está na escolha pelo não oferecimento do frete, opção que representa a maioria dos casos, uma vez que o valor do frete representa uma fatia significativa nos produtos dessa faixa de valores, somado com os demais descontos. Nesse caso, o vendedor não sabe qual será o valor cobrado pelo serviço de frete. A incógnita por trás da base de cálculo da nota fiscal é um fator essencial na determinação do preço do produto anunciado, uma vez que esse tem que suportar as possíveis percas com impostos inesperados.

Veja-se, como aprofundamento da problemática, que a uma nota fiscal de um produto com valor abaixo de R$78,90, merecem destaque 4 (quatro) aspectos:

1- O valor do frete, que até o momento da efetivação da compra pelo consumidor não era conhecido pelo vendedor, vem destacado na nota fiscal;
2- Independentemente de o valor do frete ser inserido ou estar zerado, como na demonstração anterior, o transportador continua sendo destacado como responsável pela logística do produto;
3- O valor total dos produtos é destacado e não considera o valor pago pelo frete;
4- O valor total da nota incluí o valor pago pelo frete e pelo produto. Sendo base para incidência do imposto.

Neste caso, diferentemente do anterior, o frete é inserido de forma explícita na nota fiscal do vendedor. Dessa forma, o valor vem destacado tanto na NF-e emitida pelo vendedor quanto no CT-e emitido pelo transportador, no mesmo valor.

Outro exemplo se refere na hipótese de desconto do valor do frete do total do montante inserido na conta corrente, nesse caso é adicionado o dinheiro referente ao serviço logístico na conta e após, imediatamente retirado.

Em ambos os casos, mesmo que indiretamente, a plataforma lança o valor referente ao frete na conta corrente e logo em seguida realiza o desconto dele. Com isso, tem-se a impressão que o vendedor é o responsável pela contratação do frete, o que na prática, não acontece.

Avança-se, ainda que superficialmente, mas com o escopo de demonstra as possibilidades de estratégias a serem adotadas para a logística de transporte de bens e serviços comercializados eletronicamente, ao utilizar um produto com valor de R$17,49 e o valor do serviço logístico pode variar em grandes proporções conforme a localização do comprador, porém o valor do produto permanece fixo na plataforma, independente de quem compre.

Nesse cenário, foi realizado uma simulação de compra desse produto com quatro destinações diferentes, sendo que a origem do transporte em todos os casos foi a cidade de São Paulo – SP.

No primeiro destino, utilizou um CEP da própria cidade, em que o objeto seria entregue no centro da cidade.

Observa-se que nesse caso, o frete teria o valor de R$9,90, e o valor total da compra seria R$27,39. Considerando um vendedor na faixa inicial de faturamento do Simples Nacional, com alíquota de 4%, o imposto gerado por essa venda seria de R$1,09, restando para o vendedor a quantia líquida de R$16,40, excluindo-se os demais custos da plataforma.

No segundo caso, utilizou o CEP da cidade de Araraquara-SP, que tem uma distância mais elevada quando relacionada ao primeiro caso, porém tratando-se ainda de uma operação estadual.

Veja que nesse caso o valor do serviço logístico subiu para R$17,40, totalizando um valor final da compra de R$34,89. Utilizando-se o mesmo vendedor e faixa de alíquota do exemplo anterior, nessa operação o valor gerado de impostos seria de R$1,39, um aumento aproximado de 28%, que resultaria em residual líquido de R$16,10.

Já no 3º caso, utilizou-se uma localização interestadual, porém com uma distância relativamente média quando relacionada a origem. Foi utilizado um CEP de Anápolis-GO, cujo valor retornado pela plataforma foi de R$26,10. Nesse caso, o total da compra resultaria no montante de R$43,59, cujo imposto devido seria de R$1,74, aproximadamente 60% de aumento relacionado ao primeiro caso.

Por último, utilizou-se uma localização interestadual mais distante. Nesse caso, foi inserido um CEP da cidade de Rorainópolis, em Roraima, e a plataforma retornou um

frete no valor de R$69,70.

Nesse caso, o total da compra seria de R$87,19, resultando em um imposto no importe de R$3,48, valor que é aproximadamente 220% superior ao primeiro caso, provavelmente gerando um balanço negativo ao vendedor.

É de entendimento pacífico que a falta de lucro em uma venda pode impactar diretamente a rentabilidade de uma empresa. A ausência de resultados financeiros positivos pode dificultar o crescimento, os investimentos e a capacidade de sobrevivência de uma sociedade ao longo do tempo.

É por esse motivo que o conhecimento do montante a ser recolhido de um imposto gerado é imprescindível e essencial para seu equilíbrio financeiro. Além disso, um imposto desconhecido pode ferir o princípio da capacidade contributiva e da legalidade que norteia o direito tributário.

O contribuinte tem o direito de conhecer exatamente quais suas obrigações tributárias decorrente de um imposto instituído por lei, incluindo qual sua alíquota, base de cálculo aplicável e demais elementos que determinam o valor de imposto. Nesse caso em específico, é sabido que a base de cálculo será sempre o valor total da nota, incluindo os gastos com frete, porém, o valor do frete é sempre desconhecido, tornando-a obscura.

Nesse tópico então, evidencia-se a primeira irregularidade na tributação do processo logístico do Mercado Livre, uma vez que nos anúncios de produtos que não oferecerão frete grátis, o valor que será cobrado pelo serviço de frete depende da localidade do consumidor, que é desconhecida pelo vendedor até o momento da compra.

Não sendo possível, desta forma, ter conhecimento anterior à compra do valor total da nota, ferindo o princípio da legalidade tributária e gerando as consequências já mencionadas desse fenômeno.

3. DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO INTERMEDIADOR MERCADO ENVIOS

Prepondera no mercado a livre iniciativa e livre concorrência, sendo que, no Brasil, em razão da regulação e regulamentação existentes estes institutos não se apresentam pleno. Não é obrigação do vendedor de produtos destacar o valor do frete em sua nota fiscal, já que não é ele que efetivamente realiza o transporte e, portanto, não pratica o fato gerador, em tese, o imposto referente a prestação do serviço logístico é devido e recolhido na medida em que é destacado na nota fiscal.

Como demonstrado no tópico anterior, tanto nos produtos anunciados com frete grátis como nos com frete por conta do consumidor, o valor do serviço de frete está embutido na nota fiscal de maneira integral.

Todos os descontos demonstrados no tópico anterior e realizados em conta corrente pelo Mercado Livre são declarados e tidos como prestação de serviços de intermediação de negócio pela plataforma.

Observa-se, portanto, que no demonstrativo de faturamento mensal na empresa, o detalhamento de todos os custos gerados em um período, dentre os quais estão a tarifa de venda, tarifa pelo uso do mercado pago e, o relevante para estudo, as tarifas do Mercado Envios que é a soma de todos os Conhecimentos de Transporte Eletrônicos emitidos no período.

Os documentos e registros fiscais demonstrados acima evidenciam que, tanto o vendedor como o intermediador estão declarando os valores relacionados aos serviços logísticos, sendo base de cálculo tanto para o vendedor que embutiu o valor do frete em sua nota fiscal de venda, quanto para o transportador, que prestou seu serviço e declarou no CT-e.

Sacha Calmon Navarro Coelho preconiza que o fato gerador de um tributo é a "situação que a norma descreve como necessária e suficiente para que surja a obrigação tributária principal". Ricardo Alexandre disserta que é o "evento ou a situação descrita em lei que configura a hipótese de incidência da obrigação tributária". Essas definições nos levam a questionar: Por que o vendedor recolhe o imposto de um serviço que ele efetivamente não prestou?

A obtenção dos conhecimentos de transporte eletrônicos obedece à norma

prevista no artigo 1º, da Lei Complementar nº116/2003, cuja obrigação determina que a nota fiscal deve ser emitida pelo prestador de serviço de frete deve ser emitida pela transportadora que o realizou.

Entende-se, conforme o artigo 195 do Código Tributário Nacional, que a emissão do documento fiscal é uma obrigação acessória ao cumprimento das formalidades legais, que comprovam o cumprimento da obrigação principal que é o pagamento dos impostos. É considerado ainda, conforme artigo 113 do CTN que a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato gerador, situação definida por lei como necessária e suficiente para que ocorra a obrigação de pagar imposto.

A lei nº 8.846/1994, estabelece ainda a obrigatoriedade de emissão do documento fiscal nas operações de comércio ou prestação de serviços, sendo está uma obrigação para todas as empresas que realizam atividades econômicas.

A Lei Complementar nº 87/1996, em seu artigo 13º, inciso X, §1º, alínea "b", diz que integra a base de cálculo para fins de tributação o valor referente ao frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem, e seja cobrado em separado, sendo obrigado os vendedores a destacar valores de envios em suas notas fiscais de venda, mesmo não sendo efetivamente o prestador de serviço. Entretanto, essa não é a realidade em nenhuma das hipóteses apresentadas anteriormente.

Ao lançar o valor do frete na conta corrente do vendedor, e, logo após, descontar, a plataforma causa a impressão de que o próprio vendedor vendeu o serviço ao cliente, recebeu o pagamento e logo após repassou ao operador logístico, já que o frete não seria realizado pelo próprio vendedor, mas, em tese, por sua conta e ordem.

Entretanto, não é isto o que acontece na prática. Em outras palavras, o vendedor do marketplace, não têm qualquer influência sobre o serviço de frete disponibilizado na plataforma. Como vimos anteriormente, não é ele quem determina prazos e valores, tampouco quem executa o serviço.

Percebe-se, também, que além de não se enquadrar nos critérios da lei para que o frete integre a base de cálculo da nota fiscal, não é o comerciante que vendeu seus

produtos em meio eletrônico que realiza o transporte das mercadorias vendidas, não praticando o fato gerador pertinente nessa ocasião, que geram a obrigação fiscal no pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte (ICMS), no caso dos transportes intermunicipais ou interestaduais, ou do recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), no caso de transportes municipais, não estando, portanto, sujeitos ao recolhimento desse tributo nessa ocasião.

Poder-se-ia, ainda, debruçar sobre a hipótese de o vendedor atuar como substituto tributário. Tendo em vista que ele sequer sabe o preço que será cobrado do frete ao consumidor, acredita-se que não. É certo que se fosse o caso, o substituto tem menor facilidade em relação ao intermediário Mercado Envios, possível substituído, e aos próprios transportadores de controlar as operações das empresas da cadeia produtiva.

Além disso, só é regulamentada a substituição tributária pelo convênio nº 25/90 a substituição entre transportadores, e não na relação comerciante-transportador. Como já visto, o intermediador realiza a emissão CT-e, se obrigando ao recolhimento dos impostos. Dessa forma, tem-se que a hipótese de o vendedor estar recolhendo nesses casos como substituto tributário é inexistente.

Devido à complexidade e alta demanda por serviços logísticos na plataforma, é natural que exista uma terceirização de algumas etapas no processo de frete. O grupo mercado livre mantém parcerias com empresas logísticas que atendem as mais variadas regiões do país. Será analisado no tópico subsequente como funciona cada modalidade de entrega presente no mercado livre, bem como onde ocorre tais terceirizações.

Na medida que se aprofunda ao estudo acerca da totalidade do envio e sua individualização perante a terceirização, nas fases do processo logísticos realizadas de maneira isolada, com cobrança diferenciada para cada etapa, que é realizada muitas vezes por empresas distintas e que juntas em um processo, formam um único serviço.

O Mercado Envios vende o serviço aos consumidores como sendo um todo, por um valor “X”, que se torna base de cálculo para recolhimento de imposto por esse ente inicial. Acontece que esse valor “X” é subdivido entre diversos outros prestadores de serviço, cada qual com seu percentual de contribuição no frete, cobrando somente o valor

pertinente a esse percentual e recolhendo o imposto da mesma forma.

Diferentemente do frete vendido na plataforma, os transportadores presentes na cadeia de serviços vendem seu serviço como um todo. Isto quer dizer que, na plataforma do mercado livre, os serviços logísticos são vendidos de maneira individual e isolados. Cada pedido gerado no site é como se fosse uma nova solicitação e venda de frete. Em outras palavras, se a plataforma realiza 100 (cem) vendas distintas, são geradas 100 ordens de serviço de frete. Isso já não ocorre com os transportadores, que, independentemente de quantos pacotes inserem dentro de um caminhão, o seu ganho é unicamente pela viagem que irá realizar.

Com a existência de uma cadeia de prestadores de serviço, observa-se também uma cadeia de documentos fiscais, que correspondem individualmente a uma parte do serviço incialmente contratado, e, que por si só, não representariam nenhuma irregularidade, já que quem realiza o serviço está obrigado a realizar a declaração e a anexação de todos esses serviços corresponderia à um todo vendido na plataforma.

Acontece que esse montante, antes de ser destrinchado na cadeia de serviços, é tributado de maneira integral na nota fiscal de venda emitida pelos vendedores, bem como no CT-e emitido pela plataforma, sendo que, nesse último, ainda se admite a participação no serviço.

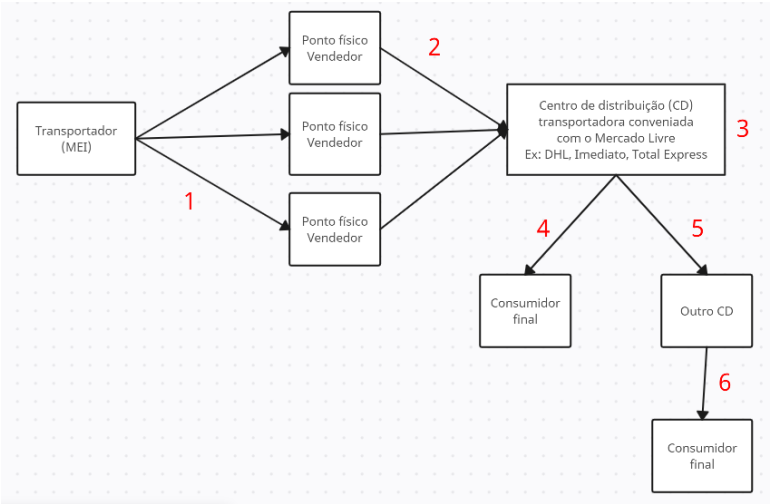
Existe uma grande dificuldade em se conhecer e registrar se os tributos referentes aos processos logísticos transacionados dentro da plataforma são realmente excessivos devido ao acumulo da base de cálculo. Isso acontece porque o serviço tributado é um só, o transporte da mercadoria adquirida desde sua origem até o destino. Entretanto, esse trajeto é divido em diversas outras etapas, cada uma correspondente à um período do serviço logístico e cada qual com seu devido registro fiscal, mas que juntas correspondem a um todo.

Existem 3 grandes modalidades logísticas na qual o Mercado Livre utiliza.

A primeira é a coleta dos produtos vendidos na localidade da empresa. Esse serviço é realizado por um terceiro, que na maioria dos casos é Microempreendedor

Individual, que tem um cadastro vinculado à um transportadora maior que celebrou contrato com o mercado livre. Após essa coleta, que normalmente é realizada somente dentro do município, esses pequenos transportadores se dirigem a um centro de distribuição e armazenagem da contratante, a fim de distribuírem os produtos conforme suas destinações. Nessa etapa, o transportador principal conduz as mercadorias a macrorregiões e dali terceirizam novamente a entrega ao consumidor final para transportadores menores. Como no exemplo abaixo:

Figura 1 – Fluxograma de envio por coleta em ponto físico



O início do processo logístico se dá na etapa 1, que é a coleta pelo pequeno transportador nos pontos físicos dos vendedores. Supondo que em uma cidade há 3 vendedores com vendas realizada no marketplace, o transportador se dirige até esses locais, coleta todos os pacotes vendidos e segue para a etapa 2, que é o transporte da mercadoria um centro de distribuição (CD).

Finalizado a coleta e entrega dos pacotes ao CD, inicia-se a etapa 3, o serviço aqui é a separação por destinação e a armazenagem até que se atinja um montante de pacotes suficientes para determinada região, quando iniciará a outra etapa do processo logístico.

A etapa 4 pressupõe que o primeiro centro de distribuição que a mercadoria teve parada seja a região do consumido. Dessa forma, não há necessidade de o produto entrar na etapa 5, ficando distante do seu destino. Imaginemos que o centro de distribuição que armazena

produtos das cidades de Araraquara, São Carlos, Jaú, Sertãozinho, Franca e Ribeirão Preto, fique localizado na própria cidade de Ribeirão Preto. Com isso, se o comprador estiver localizado em alguma dessas regiões, após a coleta do transportador e entrega ao CD de destino, não há por que essa mercadoria ser enviada ao CD de São Paulo, por exemplo. Dessa forma, é acionado um outro transportador que retira os produtos dessas regiões no Centro de Distribuição e faz a entrega individual, casa por casa.

A etapa 5 pressupõe o inverso da etapa anterior. Nesse caso, a primeira parada do pedido no centro de distribuição ainda está longe do seu destino. Com isso, a mercadoria é destinada a outro centro de distribuição, que terá em sua separação a localidade de entrega individual do pacote.

Por fim, a etapa 6 semelhante a etapa 4, momento em que a mercadoria chegou no CD da região do consumidor final e, dali parte para entrega individual, no endereço do comprador. Destaca-se que, nesse fluxograma, inseriu-se como exemplo apenas dois centros de distribuição. Porém, na prática, quando mais distante o destino do produto em relação a sua origem, mais centro de distribuições são necessários e os ciclos se repete quantas vezes forem precisos.

As etapas 1 e 2 fecham um ciclo de nota fiscal. O prestador de serviço nesse caso, ao coletar os pacotes em todos os pontos físicos e levar até o CD conveniado finaliza seu frete e emite sua devida nota fiscal para recebimento do transporte. É importante destacar que a plataforma de e-commerce realiza a cobrança, dos vendedores ou compradores, de maneira individual, cada pacote embalado gera uma tarifa de envio. Entretanto, esses pequenos transportadores ganham por viagem, independentemente de quantos pontos passarem e pacotes coletarem.

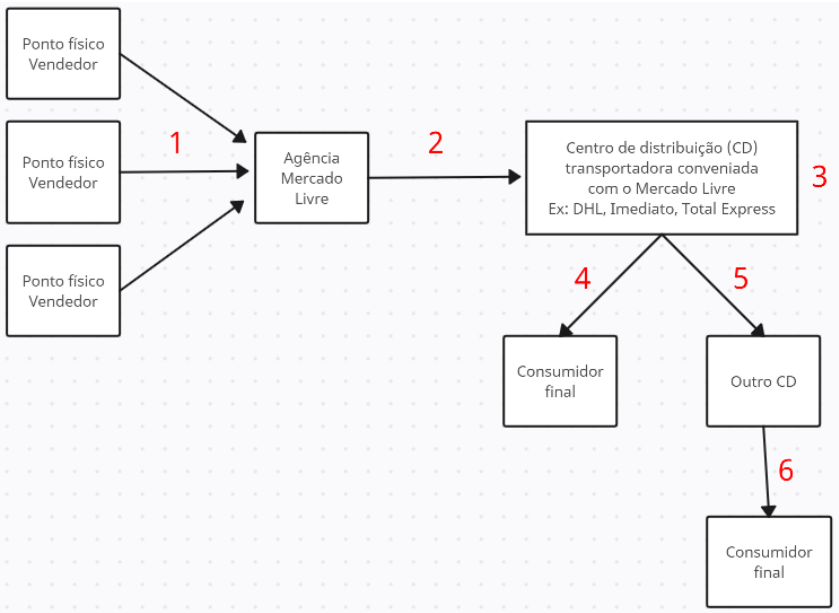
A etapa 3 normalmente fica vinculada a etapa 5 no quesito de notas fiscais. A depender do serviço prestado, a empresa responsável pelo CD emite uma nota fiscal. Nos casos em que é realizado somente a armazenagem, pelo pedido estar próximo do seu destino, é cobrado só por esse serviço. Entretanto, quando é necessário o encaminhamento para outro centro de distribuição, o serviço engloba a armazenagem e o transporte.

As etapas 4 e 6 são muito semelhantes as etapas 1 e 2, onde o transportador faz a coleta dos pedidos no próprio centro de distribuição e leva até a localidade do

transportador. Sua nota fiscal se dá unicamente ao serviço de transporte da mercadoria da origem até seu destino.

As outras modalidades de envio dentro da plataforma, basicamente extinguem alguns processos dessa primeira. Na modalidade "por agência", ao invés do transportador se dirigir a todos os pontos físicos dos vendedores em um município, esses vendedores levam os seus pedidos até um determinado local, denominado como sendo a "agência", e dali seguem o mesmo fluxo da modalidade anterior, como na ilustração abaixo:

Figura 2 – Fluxograma de envio por agência.



A novidade nessa modalidade é que, diferentemente da etapa 1 do processo anterior, nesse os vendedores levam seus pedidos até uma agência do mercado livre para realizar a postagem. Portanto, o serviço inicial de coleta em cada ponto físico na cidade pelo transportador desaparece, e, só é coletado na agência. Essa agência é um comércio local, que celebrou contrato com a empresa logística Kangu Transportes LTDA, do grupo Mercado Livre.

Esses comércios, por sua vez, recebem as encomendas dos vendedores e as guardam até que seja coletada por um transportador. Ou, ainda, até que um comprador (destinatário de uma encomenda) a retire, já que as compras na plataforma podem ter

como destinatário uma agência, para as pessoas que não tem tempo disponível para o recebimento em seu endereço.

Nesse caso, para garantir seu recebimento pelo serviço prestado e estar em conformidade com o fisco, a agência deve emitir uma nota fiscal referente ao serviço de carga e descarga prestado.

As demais etapas nessa modalidade são idênticas à anterior, com encaminhamento da mercadoria ao centro de distribuição e, de lá, para o consumidor final ou para outro CD, a depender da localidade.

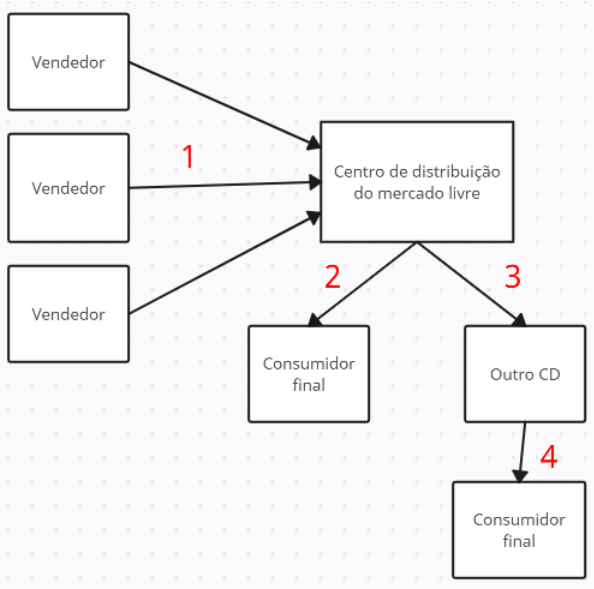
Quanto à última modalidade logística estudada nesse trabalho, tem-se a denominação "full". Esse sistema se trata do armazenamento dos produtos de vendedores da plataforma diretamente em um centro de distribuição do mercado livre.

Isso acontece para que a plataforma consiga concentrar o maior número de pacotes saindo de um só lugar. Com a mesma origem, o fluxo de mercadorias sendo enviada a diferentes destinos faz baratear o valor do serviço, em um primeiro momento, e aumentar a eficiência e rapidez de entrega, em um segundo momento.

Para que essa modalidade ocorra, os vendedores devem indicar em seu painel quais produtos serão destinados ao centro de distribuição. Finalizada a lista, é emitido uma nota fiscal como remessa para depósito temporário e todos os produtos são direcionados ao CD do mercado livre, onde permanecem até o momento de sua venda.

Posteriormente, o serviço é realizado em conformidade com o item 3 das modalidades anteriores, já que o produto vendido já se encontra armazenado no CD do mercado livre antes mesmo da realização da venda. A partir daí então, só existem duas alternativas: o encaminhamento a localidade do consumidor final ou o direcionamento a outro centro de distribuição, seguido pela entrega no endereço do comprador. Segue a demonstração ilustrativa dessa modalidade:

Figura 3 – Fluxograma de envio "Full"



Ainda são discutidas questões referentes a competência da tributação, já que diversos serviços de transporte são realizados somente dentro do município, estando sujeitos, a tributação do ISSQN de competência municipal, e não ao recolhimento de ICMS, tributado na nota fiscal de venda emitida pelo vendedor. Como por exemplo, o serviço de frete que retirou uma encomenda de um centro de distribuição em Ribeirão Preto e entregou na própria cidade. Esse aspecto será analisado em obra futura.

Discute-se ainda, sobre a tributação de um serviço que, em tese, não seria tributado quando realizado por microempreendedor individual, já que este tem uma alíquota única de contribuição mensal, que independe da efetiva prestação do serviço e emissão de nota fiscal.

3 – OS IMPOSTOS INCIDENTES NA OPERAÇÃO

No contexto da prestação de serviço de logística é importante compreender os impostos que são pertinentes e como as empresas optantes pelo Simples Nacional e os Microempreendedores individuais recolhem esses tributos.

O imposto mais observado nas transações online é o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), um imposto estadual incidente sobre a circulação de

mercadorias e a prestação de serviços de transporte. No cenário analisado observa-se a incidência do ICMS nos processos de transporte de mercadorias que ultrapassam os limites municipais.

A coleta dos pedidos em um município e o encaminhamento ao centro de distribuição, a transação entre centro de distribuições e a entrega ao consumidor final são exemplos de transportem que transcendem a barreira municipal, isso porque a cidade de origem do produto difere do destino.

Dessa forma, o ICMS deve ser aplicado quando há o transporte de bens entre estados ou municípios. Para as empresas optantes pelo Simples Nacional, o ICMS é recolhido de forma unificada no DAS, junto com os demais tributos, com base na alíquota efetiva estabelecida pelo regime, que varia conforme atividade econômica e faturamento anual.

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS ou ISSQN), é um tributo municipal que também incide sobre a prestação de serviços logísticos, porém quando o transporte da mercadoria não excede o território municipal. Um transporte de mercadorias que tem origem e destino no mesmo município está sujeito a tributação de ISS.

As empresas optantes pelo Simples Nacional recolhem esse imposto por meio do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS), com uma alíquota já definida pelo regime e os microempreendedores individuais estão isentos da tributação, estando obrigados apenas ao pagamento da contribuição mensal única, chamada de DAS-MEI (Documento de Arrecadação Simplificada do Microempreendedor Individual).

Nas modalidades de frete apresentadas no tópico anterior, as únicas etapas que houve incidência explícita de ISS foi relacionada ao serviço de carga e descarga ofertados pelas agências de postagem. Esse imposto também é observado na nota de prestação de serviço referente a fatura mensal lançada pelo grupo do Mercado Livre, que tem como contratante o próprio vendedor da plataforma. Nas demais etapas do processo logístico não foram observadas a incidência desse tributo, tema que como já mencionado, será abordado em obra posterior.

A dificuldade novamente se encontra na terceirização do serviço, já que o frete como um todo pode se dar de maneira intermunicipal, tributado pelo vendedor e pelo

transportador primário (mercado envios) com a incidência de ICMS. Ocorre que, nesse mesmo frete, em serviço correspondente a uma fatia do serviço como um todo, existe a ocorrência de transportes municipais, com incidência do ISS.

A cadeia de serviços evidenciada até aqui, por si só, devido as mais variadas etapas de um processo logístico, terceirizada ou não, não implicaria necessariamente em um excesso da base de cálculo do imposto. A base de cálculo de um imposto é o valor sobre o qual é aplicada a alíquota para determinar o montante a ser pago. No caso do ISS, por exemplo, a base de cálculo é o preço do serviço prestado.

Na cadeia de serviços, como diferentes prestadores de serviços estão envolvidos na operação, cada prestador desempenha uma etapa específica do processo. Nessa cadeia, cada prestador declara o valor do serviço que realizou, sem considerar o valor dos serviços prestados por terceiros. Dessa forma, não há acúmulo na base de cálculo do imposto, uma vez que cada transportador recolhe o imposto apenas sobre o valor correspondente ao serviço que ele próprio realizou, que, juntos, totalizam o montante do serviço vendido na plataforma.

O problema em questão decorre ao fato de que existem dois entes nessa operação que recolhem os impostos de maneira integral sendo que, um deles, sequer participa da cadeia de serviços, e outro, participa, porém, não responde proporcionalmente aos seus serviços.

Conforme os fatos até aqui evidenciados, é reconhecido que o recolhimento de imposto na operação logística presente na plataforma online ocorre em diversos momentos. O primeiro deles acontece no momento da emissão da nota fiscal pelo vendedor. Dessa maneira, como o valor do frete destacado na nota fiscal compõe a base de cálculo para incidência de tributação, esse é o primeiro momento que o Estado recebe o recolhimento referente ao serviço logístico para aquela venda.

A tributação nessa etapa ocorre de maneira integral, isto é, independentemente de quantas etapas o processo será individualizado e terceirizado posteriormente. O vendedor é tributado no serviço como um todo, no valor vendido pela plataforma. Se o

valor cobrado na plataforma foi de R$20,00, por exemplo, o recolhimento do vendedor será nesse mesmo valor somado ao valor do produto. Entende-se, portanto, que a cadeia de serviços que seguirá posteriormente já foi integralmente tributada, uma vez que a individualização do serviço não cria novo fator gerador.

Ocorre que, conforme a lei complementar 116/2003, o responsável pelo recolhimento do imposto é quem efetivamente realizou o serviço. Por que, então, o vendedor que sequer faz parte da cadeia tem essa obrigação?

Em um segundo momento, o imposto é novamente tributado de forma integral com a emissão do CT-e pelo responsável pela venda e transporte da mercadoria (Mercado Envios), ainda que terceirizada, no valor correspondente ao cobrado na plataforma, sendo novamente um gerador de tributo sobre o mesmo serviço já recolhido anteriormente pelo vendedor. Diferentemente do primeiro caso, no qual o vendedor não tem qualquer influência e participação no envio, nesse segundo admite-se que realmente houve a operação.

Atuando como o vendedor do serviço, a plataforma pode ainda participar da cadeia logística, armazenando e/ou transportando produtos, inclusive de maneira exclusiva, e contemplar lucros, sendo responsável pelo recolhimento do serviço que efetivamente prestou.

4 – CONCLUSÃO

A tributação do processo logístico nas operações de frete da plataforma Mercado Livre tem com uma base de cálculo excessiva, decorrente de um mesmo serviço, por ser individualizado em diversas etapas, acaba sendo tributado novamente.

O produto é vendido na plataforma pelo valor de R$50,00, cujo frete para localidade do consumidor foi de R$20,00. O vendedor emite a sua nota fiscal de venda no valor de R$70,00 e recolhe os impostos devidos pela venda do produto e pela prestação de serviço logístico. Por sua vez, a plataforma do mercado livre que disponibilizou o valor

de R$20,00 para esse envio e vendeu de fato o frete, emite um CT-e indicando o Mercado Envios como transportador. A partir desse momento, a base de cálculo já está em R$40,00.

O processo logístico se subdivide em outras pequenas etapas que juntas formam o frete em sua integralidade, que vai desde a postagem até a entrega ao consumidor final. No processo de individualização, então, os serviços param de ser tributados de forma individual e integral, como acontece na emissão de nota pelo vendedor e pela plataforma, e passam a integrar um montante mensal e proporcional ao que corresponde ao serviço realizado por cada um que fez parte do processo.

A base de cálculo de um mesmo serviço de frete está se somando a cada documento fiscal emitido, sendo recolhido duas vezes de forma integral e posteriormente mais de uma vez pela soma de todas as etapas individualizadas do processo logístico que correspondem, juntas, ao serviço total de envio.

Evidencia-se o desconhecimento da base de cálculo pelo vendedor e a ausência do fato gerador, uma vez que a ação de "adquirir" um frete não caracteriza fato gerador na legislação tributária e o valor do frete a ser destacado na nota fiscal de venda é desconhecido até o momento da compra, sendo todo o processo logístico, bem como a oferta de envios na plataforma e a determinação dos seus valores, responsabilidade da intermediadora Mercado Envios.

O estudo sobre a complexidade do funcionamento do processo logístico dentro da plataforma de marketplace do mercado livre, possibilitando e facilitando a identificação da cumulatividade de valores na base de cálculo do serviço, bem como novos desafios e barreiras que possam surgir.

Com efeito, se projeta a indução de novos debates e manifestações sobre as intercorrências tributárias em ambientes inovadores, ainda pendente de regulamentações, para que se evite a tributação excessiva e prejudicial ao desenvolvimento e crescimento econômico dos canais de vendas digitais.

Por fim, se espera que que seja uma contribuição para novos trabalhos e explorações que seguem a mesma temática, como as já mencionadas incidências de

tributação em serviço que é isento quando realizado por microempreendedor individual e a cobrança de imposto ICMS em transportes dentro dos limites municipais que estariam sujeitos ao recolhimento de ISS, estudos que certamente serão objeto de próximas e futuras obras.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 10a. ed. São Paulo: Grupo Gen - Editora Método Ltda., 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Presidente da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 jun. 2023.

BRASIL. Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 1996.

BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providencias. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 2003.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis a União, Estados e Municípios. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 1966.

BRASIL. Lei nº 8.846, de 21 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e o arbitramento da receita mínima para efeitos tributários, e da outras providências. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 1994.

CALMON, Sacha. **Curso de direito tributário brasileiro**.15a. ed.. Rio De Janeiro: Grupo Gen - Editora Forense, 2016.

INC., M. **Reports Fourth Quarter 2021 Financial Results**. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/sec.irpass.cc/2831/0001562762-21-000420.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2023.

TURBAN, Efraim et al. **Electronic commerce: a managerial and social networks perspective**. New York: Springer, 2015.

TURBAN, Efraim et al. **Tecnologia da informação para gestão: transformando os negócios na economia digital**. 7ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CONVENÇÃO ARBITRAL COMO MEIO ALTERNATIVO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

MARCELO CÂNDIDO DE AZEVEDO[1]

O presente trabalho busca, sob o enfoque da teoria do negócio jurídico, tratar o tema da convenção arbitral como forma alternativa de prevenção e solução de conflitos, identificando seus principais elementos, especialmente sob a ótica da interdisciplinaridade, delimitando-o em seus planos de existência, validade, eficácia com suas consequências e efeitos no campo processual.

Palavras-chaves: Arbitragem; Negócio jurídico; Interpretação; Validade; Eficácia

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Direito Civil e Empresarial na Universidade de Araraquara (UNIARA). Professor concursado de Direito Empresarial nas FATECs de Americana e Piracicaba. Advogado. marceloazevedo99@hotmail.com, Filiação: Lineu Cândido de Azevedo e Jurema Genaro Azevedo. Piracicaba, SP.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que o desenvolvimento social e econômico possui como corolário lógico a intensificação significativa da interação entre agentes econômicos, trazendo como consequência um aumento de situações de conflito. Como é cediço, o aumento da conflitualidade acarreta o aumento da litigiosidade (submissão dos conflitos a métodos jurisdicionais ou alternativos) e assim passa a exigir, consequentemente o maior e melhor aparelhamento dos sistemas de heterocomposição para que possam outorgar soluções adequadas e céleres aos conflitos surgidos entre tais agentes econômicos.

Ocorre que, nos últimos tempos, o que se observou foi um verdadeiro descompasso entre o aumento do número de litígios e o aparelhamento do Poder Judiciário Estatal, de modo a não se poder afirmar que os agentes econômicos encontram na atividade jurisdicional um mecanismo ágil e adequado para a solução de conflitos. As exigências de mercado passam, dessa maneira, a demandar pelo desenvolvimento de um sistema de heterocomposição paralelo ao Estatal, apto a suprir as necessidades que aquele sistema ordinário tem se mostrado incapaz de atender.

É neste sentido que se verifica em nosso país (especialmente após a Lei 9.307/1996 e alterações dadas pela Lei 13.129/15), um crescimento da arbitragem como meio alternativo para solução de questões.

Com efeito, pode-se dizer que "a prática venceu a resistência dos mais ferrenhos conservadores", podendo-se notar que, atualmente, apesar de a arbitragem não se ter tornado um meio de escoamento da "litigiosidade contida" (expressão de Kazuo Watanabe), como os Juizados Especiais, certamente encontrou seu nicho, mormente para a solução de controvérsias surgidas de contratos empresariais e acordos societários (CARMONA, 2009).

Apesar de assente o entendimento doutrinário a respeito da natureza jurisdicional da arbitragem, não se olvida que o poder jurisdicional dos árbitros e o próprio procedimento arbitral surgem de uma relação jurídica negocial, ou seja, surgem de um negócio jurídico (NERY JR., 2017).

Sendo assim, o procedimento arbitral, como método heterocompositivo de solução de controvérsias surge: (1) de iniciativa das partes, que, por meio da convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), optam por submeter conflito surgido entre elas para o julgamento da jurisdição privada; e (2) da aceitação do árbitro ou grupo de árbitros, por meio do negócio denominado *receptum arbitrii,* que tanto na convenção de arbitragem é espécie de negócio jurídico processual, entabulando-se, com isso, relação jurídica entre partes e árbitro que é, em tudo, contratual (VALENÇA FILHO, 2002).

Também rege a arbitragem (tendo esta como verdadeira relação jurídica – a "eficácia atualizada" do negócio jurídico da qual ela decorre (SCAVONNE JÚNIOR, 2009).

Em razão dessa concepção de que a arbitragem possui uma origem privatista, o presente trabalho visa a analisar a convenção de arbitragem justamente sob o enfoque negocial, o que se fará por meio da dissecação de seus elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia (AZEVEDO, 2000).

Em primeiro lugar, para além de se manter a convenção de arbitragem subdividida em suas duas espécies (cláusula compromissória e compromisso arbitral), a Lei de Arbitragem (LA) manteve a distinção essencial entre estas duas espécies, justamente "baseada no critério temporal do litígio (atual e futuro)".

Assim, a cláusula compromissória é negócio jurídico inserida no corpo de um dado contrato, ou celebrada posteriormente a ele (mas, em qualquer dos casos, sempre antes de instaurada a controvérsia entre as partes (APRIGLIANO, 2013).

Sempre antes de instaurada a controvérsia entre as partes), pelo meio do qual as partes de comprometem a submeter a análise de determinada controvérsia inda a surgir ao Juízo Arbitral. A cláusula compromissória, portanto, tem por objetivo controvérsias futuras e determináveis.

Ainda quanto à cláusula compromissória, instituiu o legislador uma novidade, prescrevendo a possibilidade de as partes, de antemão, firmarem negócio jurídico

completo, dotado de todos os elementos necessários para a pronta instituição do Juízo Arbitral (trata-se da chamada cláusula compromissória cheia, nos termos de art. 5.º da Lei 9.307/1996); ou, caso assim entendam adequado, de negócio jurídico ainda carecedor de complementação, que disponha apenas sobre elementos mínimos aptos a identificar a opção pela solução arbitral, mas ainda incapazes, por si sós, de proporcionar a instituição do Juízo Arbitral (trata-se da chamada cláusula compromissória em branco, ou vazia, nos termos dos arts. 6.º e 7.º da Lei 9.307/1996).

Já o compromisso arbitral é negócio jurídico e celebrado após a eclosão de determinado conflito entre as partes, seja ele "contratual ou extracontratual, judicial ou extrajudicial", pelo meio do qual as partes se comprometem a submeter a solução de tal conflito já surgido ao Juízo Arbitral. O compromisso arbitral, portanto, tem como objetivo controvérsias atuais e determinadas, de modo que a existência destas controvérsias atuais e determinadas, de modo que a existência destas controvérsias é verdadeira causa pressuposta do compromisso (MARTINS, 2008).

Feitas tais digressões, passa-se a tratar diretamente da convenção de arbitragem em seus três planos (existência, validade e eficácia).

2- O PLANO DA EXISTÊNCIA (ASPECTOS GERAIS)

Em se tratando da conceituação de negócio jurídico, muitas divergências surgiram, exceto a de que se trata de manifestação de vontade tendente à produção de um determinado efeito jurídico (SERPA LOPES, 2000).

Para os voluntaristas, o negócio jurídico é uma ação da vontade, cujo interesse reside sempre no conteúdo volitivo. Já para os adeptos da teoria de declaração, o importante é a declaração propriamente dita, pois a autonomia de vontade nela reside e implica em vinculação capaz de exigir uma conduta obrigatória (RÁO, 1977).

Conforme é sabido e consabido, possui o negócio jurídico elementos gerais que são essenciais à sua existência, a saber: intrínsecos ou constitutivos: a forma, o objeto e

as circunstâncias negociais e extrínsecos ou pressuposto: agente, lugar e tempo do negócio (AZEVEDO, 2000).

Em linhas gerais, trata-se assim o negócio jurídico de uma declaração de vontade que gera efeitos criativos, modificativos ou extintivos de direitos, desde que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e, ainda, que possua forma prescrita ou não defesa em lei.

Portanto, no sistema da Lei 9.307/1996, diversos dispositivos parecem sugerir que apenas a manifestação escrita e inequívoca da parte contratante pode obrigá-la a arbitragem.

Nesse diapasão, a arbitragem repousa na aceitação voluntária das partes em escolher essa via, que não lhes pode ser imposta, mas a partir do momento que decidem desde modo proceder, passa a ser obrigatória, e as partes não podem propor demanda judicial, e isso, em decorrência do efeito vinculante da cláusula compromissória.

Como primeiro pressuposto de existência do negócio jurídico arbitral temos as partes (agentes emissores da vontade). Nesse sentido, dispõe o art. 1.º da Lei 9.307/1996 que: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Nesse diapasão, tais partes, para emitirem validamente sua vontade, deverão ser capazes e legitimadas, pois dentro do quesito capacidade, se fala necessariamente da capacidade de fato ou do exercício, uma vez que, a capacidade de gozo ou de direito é inerente a todos.

Quanto a legitimação, trata-se de uma forma específica de capacidade para a prática de determinados atos da vida civil, *in casu,* o negócio jurídico da arbitragem.

Com relação ao objeto, tem-se que este deverá ser lícito, possível, determinado ou determinável, não se admitindo no ambiente arbitral qualquer negócio de natureza ilícita, imoral ou mesmo contrário aos bons costumes.

Outro ponto que merece destaque é a questão do silêncio como forma ou não de

expressão da vontade.

Preceitua o art. 111 do CC/2002 que: "O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa".

De fato, o consentimento para arbitrar atualmente não se resume na aposição de uma assinatura em um documento, mas é aferido pela análise da vontade das partes e sua inerente conduta no trato negocial.

Nesse sentido, assevera JABARDO (2009) que, apesar da Lei 9.307/1996 exigir a celebração por escrito da convenção de arbitragem, não é necessário que todas as partes tenham anuído expressamente, bastando demonstrar a manifestação clara de vontade livre e desimpedida de se submeter à arbitragem.

O Egrégio TJSP teve oportunidade de fixar sobre a necessidade de decisão unânime dos sócios para inclusão da cláusula compromissória nos Estatutos da S.A (TJSP. Agln 373.141-4/4-00m j. 22.02.2005, rel. Des. Sérgio Gomes). Tal corrente, sustentada em sede doutrinária por CANTIDIANO (2002) assevera que, em ser tratando de sociedade por ações, é necessária a adesão expressa dos acionistas para a higidez do compromisso arbitral, ainda que em termo separado.

Esse posicionamento foi flexibilizado, prevalecendo hoje o entendimento de que a extensão da cláusula abrange todos os sócios ou acionistas, ante a natureza una e indivisível do contrato societário (SUCCAR, 2008).

Nesse sentido, CAHALI (2015) sustenta que o novo acionista adere por total aos termos do contrato/estatuto social, não sendo necessária a assinatura em uma ou outra cláusula expressamente, inclusive a relativa ao modo de solução do conflito. Haveria, assim, neste caso, a anuência tácita do adquirente com a previsão de arbitragem.

Na esteira, salienta MEYER (2013) que assim deve ser, mesmo porque, a arbitragem como forma de solução de conflitos societários agrega valor às melhores práticas de governança corporativa, "já que a eficiência na condução dos negócios sociais

compreende a eficiência jurídica na solução de disputas".

Feitas essas considerações mais amplas a respeito do plano da existência, passa-se a analisar, pormenorizadamente, os elementos da existência das duas espécies de convenção de arbitragem.

3- ELEMENTOS DA EXISTÊNCIA DO COMPROMISSO ARBITRAL

Antes do advento da Lei 9.307/1996, o compromisso arbitral era a convenção de arbitragem por excelência, i.e., o negócio jurídico pelo qual se atribuía aos árbitros o poder jurisdicional para o julgamento da controvérsia.

Apesar de ter atribuído maior relevância à cláusula compromissória (tornando-a matéria de "objeção processual", como acima já asseverado) como forma de instituição do Juízo Arbitral, a Lei 9.307/1996 ainda manteve a figura do compromisso arbitral, prevendo-o expressamente em seu art. 9º., em suas modalidades judicial (art. 9º., § 2º., da LA), estabelecendo seus requisitos de validade no art. 10 e seus elementos "acidentais" de existência (art. 11).

Assim como a cláusula compromissória dita "cheia", o compromisso arbitral é também uma convenção de arbitragem completa, o qual, por ser celebrado após o advento da controvérsia que será submetida à arbitragem, é por vezes apto a operar, até de forma praticamente imediata, a instauração do Juízo Arbitral (MARTINS, 2008).

Por convenção de arbitragem completa quer-se dizer que o compromisso arbitral, para existir (é dizer; para existir como negócio jurídico da categoria compromisso arbitral) deve conter todos os elementos imprescindíveis para a instauração do Juízo Arbitral, quais sejam: (1) declaração negocial das partes (elementos geral de existência de todo e qualquer negócio jurídico), (2) indicação dos árbitros ou da "entidade institucional a qual as partes delegaram a indicação dos árbitros" e (3) a referência à matéria que será objeto da controvérsia (CARMONA, 2009).

Por se tratar de meros elementos particulares, a ausência de qualquer das previsões contidas no art. 1º. da LA, não acarretará reflexos nem no plano da existência nem tampouco no plano da validade do compromisso arbitral.

4- CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Ultrapassado o tratamento do compromisso arbitral no plano da existência, passa-se a tecer considerações a respeito das duas distintas modalidades de cláusula compromissória.

Em primeiro lugar, em sua modalidade denominada "cheia", a cláusula compromissória, é, assim como o compromisso arbitral, convenção de arbitragem completa. Vale dizer: também a cláusula compromissória cheia possui todos os elementos de existência necessários para, por si só, dar ensejo à instauração do Juízo Arbitral.

Com efeito, prescreve o art. 5.º da Lei 9.307/1996 que, "reportando-se as partes na cláusula compromissória, às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instaurada e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem".

Ao assim dispor, o legislador, ao mesmo tempo, (1) definiu a cláusula compromissória cheio como "aquela que contém os requisitos mínimos para que possa ser Instaurado o procedimento arbitral" (2) distinguiu as duas modalidades de cláusula compromissória cheia (cláusulas remissivas, que estabelecem a arbitragem institucional e cláusulas compromissórias dispositivas, que estabelecem a arbitragem *ad hoc*): e (3) dispôs que, qualquer que seja a modalidade de cláusula compromissória cheia (institucional ou *ad hoc)* a arbitragem será, imediatamente, e sem a prévia intervenção do Poder Judiciário estatal, instaurada e processada de acordo com as regras previstas, quer pelo órgão arbitral institucional, quer pelas próprias partes.

Em suma, os elementos essenciais para a instauração da arbitragem referem-se

apenas e tão somente à possibilidade de que, quer as partes se reportem ao regulamento de um dado órgão arbitral institucional (cláusula compromissória remissiva), quer as partes disponham sobre o próprio regulamento (cláusula compromissória dispositiva), tenham elas à sua disposição um mecanismo de "contemple a faculdade de se instituir a arbitragem mesmo ausente a outra parte" (SCAVONE Jr., 2009).

Nesse sentido, para se ter arbitragem sem celebração do compromisso arbitral, a cláusula compromissória deverá conter todos os requisitos do art. 10 ou a forma de nomear o árbitro ou os árbitros ou a instituição encarregada de sua nomeação e determinar o objeto da controvérsia, uma vez que os demais requisitos do art. 1- poderão ser preenchidos pelo árbitro ou tribunal arbitral, se as partes lhe atribuírem a função, o que, normalmente, acontece nos regulamentos das entidades especializadas em arbitragem (MAGALHÃES, 2006).

Diferente será quando as partes contratantes, por opção própria, houverem celebrado cláusula compromissória em sua modalidade vazia, que, na dicção de LA (art. 6.º), é aquela que não contém "acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem". Neste caso teremos uma verdadeira convenção de arbitragem incompleta, desprovida daqueles os elementos mínimos para que possa ser instaurado o procedimento arbitral e, portanto, incapaz de produzir os "efeitos instituidores do juízo arbitral" (MARTINS, 2008)

Ainda no que concerne ao plano de existência, parece-nos que, por ser desprovida destes elementos mínimos, basta à cláusula, compromissória vazia: (1) a declaração negocial das partes e (2) a referência de forma nada mais do que apenas suficiente acerca das futuras controvérsias que poderão ser objeto de apreciação pelo Juízo Arbitral. Para existir como clausula compromissória vazia basta que ela possua dicção semelhante a "qualquer conflito decorrente do presente contrato será resolvido por meio da arbitragem".

5- O PLANO DE VALIDADE (ASPECTOS GERAIS)

No que concerne ao plano da validade, a primeira grande questão que se coloca (e que assume especial relevância quanto às arbitragens internacionais ou transnacionais) é a de se saber qual o ordenamento que determinará os requisitos de validade da convenção de arbitragem.

Tendo em conta o ordenamento Pátrio, observa-se que os requisitos básicos de validade de todos os negócios jurídicos são aqueles enumerados pelo art. 104 do CC/2002, quais sejam: (1) agente capaz; (2) objeto lícito, possível determinado ou determinável; e, por fim, (3) forma prescrita ou não defesa em lei.

Especificamente no que se refere ao objeto do presente estudo, o art. 1.º da Lei 9.307/1996 estabelece que: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem (...)", ressaltando-se, aqui, tratar-se da chamada capacidade de fato, i.e., da capacidade para exercer validamente as posições jurídicas ativas e passivas.

Assim sendo, aqueles desprovidos de capacidade plena (trata-se dos relativa ou absolutamente incapazes, conforme estabelecem as arts. 3.º e 4.º do CC/2002), podem validamente celebrar convenção de arbitragem, desde que devidamente assistidos ou representados, suprindo-se a exigência legal (MELLO, 2008).

Quanto ao tema da "arbitrabilidade objetiva", nosso direito posto apresenta um (ao menos aparente) conflito normativo entre o art. 1.º da Lei 9.307/1996 (que trata genericamente sobre a arbitrabilidade de todas as convenções de arbitragem) e o art. 852 do CC/2002 (promulgado posteriormente à entrada em vigor da Lei de Arbitragem, e que trata especificamente da arbitrabilidade das controvérsias submetidas à arbitragem por meio de compromisso arbitral).

TEPEDINO (2006) explica que enquanto a Lei de Arbitragem parece invocar o critério da patrimonialidade e disponibilidade do direito material subjacente à pretensão (o art. 1.º da Lei 9.307/1996 permite a submissão à arbitragem de "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis"), o Código Civil, em sentido distinto, aparece se valer do critério da patrimonialidade da pretensão decorrente do direito material (tanto assim

que o art. 852 do CC/2002 veda a submissão à arbitragem de "questões de Estado de direito pessoal de família e de outras [questões, i.e., pretensões] que não tenham caráter estritamente patrimonial").

Diante dessa (ao menos aparente) contraposição normativa, parece prevalecer a compreensão de que "consequências patrimoniais" (=pretensões estritamente patrimoniais), ainda que decorrentes de lesão a direitos e/ou interesses não patrimoniais, poderão ser submetidas à solução arbitral (CARMONA, 2009).

Já no que diz respeito à forma da convenção de arbitragem, os arts. 4.º, § 1.º; e 9.º da Lei 9.307/1996, são expressos ao prescrever a forma escrita.

Embora a lei em questão não contemple previsão expressa nesse sentido, vem se admitindo como atendida a forma escrita quando a convenção de arbitragem conste não apenas de instrumento contratual escrito e assinado pelas partes, mas, igualmente, de troca de missivas ou até mesmo mensagens eletrônicas, das quais reste prova escrita (CARVALHO, 2001).

Questão interessante, relacionada à regularidade formal da convenção, é aquela atinente à formação (sob o enfoque do plano de validade) por meio do silêncio ou fatos concludentes.

Como acima se referiu, quando se tratou do plano de existência, o art. 111 do CC/2002 admite (insiste-se: do ponto de vista do plano da existência) que a celebração de um negócio jurídico se dê de maneira tácita, sem declaração negocial expressa por parte do oblato, "quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa".

Assim, a celebração da convenção de arbitragem poderia ocorrer validamente por meio de fatos concludentes (sem, portanto, subscrição do instrumento contratual), contando que destes fatos restasse forma escrita.

Por derradeiro, questão relacionada ao plano de validade que merece destaque é aquela atinente à chamada "autonomia" da convenção de arbitragem.

De fato, a despeito de se valer a expressão "autônoma" par designar a cláusula compromissória (reputando-a "autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta"), o art. 8.º da Lei 9.307/1996 estabelece com precisão que a invalidade do contrato não implica necessariamente a invalidade da cláusula. Verifica-se, desta forma que existe a possibilidade de vícios que contagiem igualmente a celebração da cláusula compromissória e do contrato que lhe é subjacente (basta pensar no contrato que contempla a cláusula compromissória e é celebrado mediante coação física ou moral, vício sem o qual relação jurídica alguma teria surgido entre as partes).

Ainda em atenção ao referido dispositivo legal, o parágrafo único do art. 8.º da Lei 9.307/1996 estabelece o chamado princípio da "competência-competência", o qual atribui ao Tribunal Arbitral, em caráter exclusivo e prioritário, a jurisdição para analisar as questões referentes à existência, valide e eficácia da convenção de arbitragem. Ao assim fazer, permite-se justamente que o Tribunal decida sobre a sua própria jurisdição.

6- REQUISITOS DE VALIDADE DO COMPROMISSO ARBITRAL

Não bastassem os requisitos gerais de validade de todo o negócio jurídico acima já referidos, o compromisso arbitral, por se tratar de negócio jurídico solene (assim como as demais convenções de arbitragem), exige a observância da forma rescrita em Lei para cada uma de suas diversas modalidades. Tratando-se de compromisso arbitral judicial, será negócio jurídico material e formalmente processual, celebrado no curso de demanda judicial e levado ao termo nos autos) art. 9.º, § 1.º, da lei 9.307/1996). Tratando-se, contudo, de compromisso arbitral extrajudicial, será negócio jurídico apenas materialmente processual, devendo, não obstante, ser celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por meio de escritura pública (art. 9.º, § 2.º, da lei 9.307/1996).

Além destes requisitos de ordem geral, o compromisso arbitral deverá atender a requisitos de validade de ordem específica, previstos no art. 10 da LA, quais sejam: (1) a qualificação das partes contratantes, com indicação de seu "nome, profissão, estado civil

e domicílio" (art. 10, I, da LA); (2) a qualificação dos árbitros, também com indicação de seu "nome, profissão, estado civil e domicílio" (art. 10, II, da LA); (3) a definição da "matéria que será objeto da arbitragem" (art. 10, III, da LA); e (4) o "lugar em que será proferida a sentença arbitral" (art. 10, IV, da LA).

A despeito de a LA não trazer previsão expressa neste sentido, à guisa do que fazia o art. 1.074 do CPC, entende a doutrina (BRAGHETTA, 2010) tratar-se de requisitos de validade que, caso descumpridos, poderão dar ensejo à declaração de nulidade do compromisso por vício de forma (arts. 104, III; e 166, IV, CC/2002).

Tratando-se de requisitos de validade formal, com atenção especial ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, entende-se que se deve procurar sempre suprir eventuais lacunas deixadas pelas partes, "sendo de decretar-se a nulidade do pacto apenas em caso de total impossibilidade de depreender-se e delimitar-se razoavelmente a vontade dos compromitentes" (MUNHOZ, 2008).

Demais disso, ainda que se estivesse diante de situação insuprível, em que não se pudesse depreender, pela interpretação, a real intenção das partes, eventual nulidade formal do compromisso, por sua natureza relevável, poderia vir a ser suprida por meio da repetição; i.e., pela substituição do negócio jurídico viciado por negócio jurídico novo, constituído com estrita atenção às exigências formais, sanando-se, portanto, o negócio jurídico anterior.

Por fim, e superados os aspectos formais específicos do compromisso arbitral é de se frisar que, no que concerne à determinação do objeto da controvérsia, a exigência do compromisso é muito mais intensa do que aquela da cláusula compromissória. Por se tratar de convenção de arbitragem surgida após o advento do litígio, exige-se do compromisso arbitral a previsão precisa da matéria que será submetida ao julgamento dos árbitros, exigência esta não encontrada na cláusula compromissória por razões de ordem lógica.

Requisitos de validade da cláusula compromissória

Especificamente no que se refere à cláusula compromissória dita "cheia". É de se asseverar que a atenção das partes aos requisitos de validade formal previstos no art. 10 da Lei 9.307/1996 é mera faculdade dos *contratantes*, e sua inobservância.

Não fará, ao menos não necessariamente, com que a cláusula compromissória seja convenção de arbitragem incompleta. É possível, portanto, que possa outorgar as partes contratantes o poder de instaurar o Juízo Arbitral ainda que estas não tenham, previamente atentado para todos os requisitos supra aludidos. Basta que a cláusula traga os elementos de existência acima enumerados e que as partes tenham previsto mecanismo (ou a ele tenham-se reportado) que permita instauração do processamento da arbitragem ainda que ausente uma das partes.

Da mesma maneira, para a cláusula compromissória dita "vazia" ela seja representada válida, basta que contenha todos os requisitos gerais de validade de todo e qualquer negócio jurídico (arts. 104 e 166 do CC/2002) e seja celebrada por escrito (art. 4.º, § 1.º, da LA), desnecessária a observância dos requisitos previstos no art. 10 da LA.

Por derradeiro, repisa-se que a determinação do objeto a ser submetido a arbitragem é exigência que deve ser observada com a devida cautela no que se refere à cláusula compromissória, bastando, para que se tenha convenção de arbitragem válida, a referência à relação jurídica que originará as controvérsias a serem arbitradas (aludindo-se, por exemplo, ao contrato do qual surgirão os eventuais e possíveis litígios).

7- A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E A EXTENSÃO SUBJETIVA DE SEUS EFEITOS

Nesta última parte do trabalho, será abordado o tema da eficácia da convenção arbitral e a possível extensão de seus efeitos a partes não signatárias do negócio jurídico contendo a convenção arbitral, sobretudo no âmbito dos grupos societários.

Tendo em vista o crescente número e a complexidade das transações envolvendo formas plurissocietárias de associação entre empresas, seja por motivos financeiros,

tributários, comerciais, entre outros, nem sempre existe uma semelhança entre a empresa que firmou o negócio jurídico e aquela que participou de sua execução. Por isso, árbitros internacionais e tribunais nacionais estão, cada vez mais confrontando-se com a questão de saber se uma convenção arbitral firmada por uma das empresas pertencentes ao grupo societário pode ser estendida ou impostada a outras empresas, não signatárias ado contrato contendo tal convenção.

Quando se fala em eficácia da convenção arbitral, é primordial que se relembre antes de adentrar no assunto propriamente dito, que, até o advento da Lei 9.307/1996, apenas o compromisso arbitral poderia instituir o juízo arbitral. A cláusula compromissória não afastava a competência do juiz estava e, muito menos, tinha o condão de instituir a arbitragem. Para muitos, ela era considerada um mero pré-contrato, tendo em vista que, "quando muito, serviria para obrigar a parte renitente a celebrar o compromisso arbitral, daí o seu inafastável caráter de pré-contrato, que para muitos não gerava efeito algum" (MAGALHÃES, 2006).

Entretanto, foi através da Lei 9.307/1996 que o legislador pátrio optou por fazer uso da expressão "convenção arbitral", expressão que denota o gênero, do qual são espécies a cláusula compromissória e compromisso arbitral. Nesse sentido, está o art. 3.º; "As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral".

Nota-se, pela redação do artigo supratranscrito, que a nova legislação brasileira a respeito da arbitragem terminou com a distinção de efeitos entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, a chamada convenção arbitral para se instituir a arbitragem. Tanto a cláusula compromissória, quanto o compromisso, são aptos a afastar a jurisdição estatal e instituir a arbitragem – geram o mesmo efeito, a saber, retiram do juiz estatal a competência para conhecer de litígio advindo de determinada relação jurídica, seja ela contratada ou não.

A cláusula compromissória não é mais considerada um pré-contrato, pois ela não é mais uma promessa de celebrar o compromisso, mais sim, de verdadeiramente instituir

o Juízo Arbitral, o que resta evidente pela leitura dos arts. 3.º, 5.º, 19 e 20 da Lei 9.307/1996. Ou seja, mesmo a cláusula compromissória, inserida em determinado contrato, é capaz de se submeter a disputa ao Juízo Arbitral (GUILHERME, 2012).

Doutrinariamente falando, costuma-se dizer que a convenção arbitral tem um duplo caráter, também conhecidos como efeitos positivos e negativos da convenção arbitral. Nas palavras de CARMONA (2009), os efeitos da convenção arbitral podem ser assim resumidos:

"Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros".

O Efeito positivo da convenção arbitral também resta de que a convenção arbitral é capaz de execução específica, tendo em vista que, se a sanção pelo descumprimento de uma convenção arbitral fosse meramente indenizatória, a arbitragem não estaria atingindo o seu objetivo principal. A Lei 9.307/1996, neste sentido, adotou, em seu art. 7.º, um mecanismo próprio para permitir a execução específica da cláusula compromissória quando houver resistência de uma das partes em instaurar o procedimento, por meio de sua instauração judicial.

No que tange o efeito negativo da convenção arbitral, este diz respeito exatamente ao fato de a arbitragem, vista com pacto processual, derrogar a jurisdição estatal originalmente competente para a demanda, submetendo-a à apreciação dos árbitros.

A extensão subjetiva dos efeitos da convenção arbitral

Um dos temas que vem suscitado acalorados debates doutrinários, atualmente, diz respeito a uma das formas de extensão dos efeitos da convenção arbitral. Se o assunto pode ser visualizado sob seu aspecto objetivo, ou seja, em relação à interpretação do objeto da convenção arbitral, também pode ser feita sua análise sob o aspecto subjetivo, para perquirir se a convenção arbitral pode atingir terceiros, que não foram parte da

avença. O tema ganha ainda maior relevo quando examinado sob o enfoque dos grupos societários, tendo em vista ser este terreno fértil para discussões relativas à abrangência da convenção arbitral a partes não signatárias.

Quando se trata da teoria dos grupos societários no direito arbitral, e pergunta que doutrina busca responder e que, de resto, é a pergunta que também aqui propomos, é a de se investigar se uma companhia, não signatária de um negócio jurídico contendo uma convenção arbitral, mas integrante de um mesmo grupo societário do qual uma ou mais companhias assinaram o contrato contendo a referida convenção, está automaticamente abrangida por esta. Ou ainda, a convenção arbitral pode atingir terceiras companhias, que não firmaram o contrato contendo a convenção arbitral?

Esse questionamento surge do fato de não ser incomum que uma sociedade pertencente a um grupo societário, que não a sociedade signatária, participe da negociação, da execução ou do mesmo do término de um contrato firmado por uma ou algumas sociedades pertencentes a este mesmo grupo.

Contudo, é importante lembrar que a regra geral é a de que a convenção arbitral tem um efeito apenas relativo (princípio de relatividade dos negócios jurídicos), sendo vinculante tão somente para as partes que firmaram o contrato ou concluíram a avença, não obrigando diretamente terceiros que não concluíram o negócio. Isso porque, como é sabido, a arbitragem tem uma origem contratual e um litígio dos advindo somente poderia ser subtraído da jurisdição estatal por vontade das partes.

Disso emana o princípio da interpretação restritiva da cláusula arbitral, segundo o qual "está só obriga, e dela só pode se beneficiar, a parte que com ela consentiu." Ou seja, ao determinar quem são as partes abrangidas por determinada convenção arbitral, os árbitros devem se perguntar quem são as partes submetidas a essa convenção, o que, frequentemente, se traduz em saber quem exprimiu a vontade de obrigar-se pela convenção, pois "pode ocorrer de a manifestação de vontade estar num documento diferente, ou ter-se externado por outra forma inequívoca, que não pela simples aposição da assinatura em um contrato" (CARREIRA ALVIM, 2000).

Logo, tendo em vista a sua base voluntarista, não seria, a princípio, possível atrair para a arbitragem pessoas que não são partes da convenção arbitral. Essa é a regra geral do instituto, tendo em vista tratar-se de negócio jurídico contratual. Por ser uma forma consensual de resolução de conflitos, só pode se valer dessa forma quem com ela consentiu, abrangendo apenas quem manifestou sua vontade de resolver seus conflitos por essa via.

Entretanto, uma possível exceção ao efeito relativo da convenção arbitral é a teoria dos grupos societários. Essa teoria é fruto, em certa medida, da complexificação das relações negociais presente atualmente no comércio internacional, em que, cada vez mais, as empresas usam da arbitragem para resolver seus litígios e, cada vez mais, utilizam-se das formas plurissocietárias e dos agrupamentos de empresas para efetuarem suas trocas, a ponto de se concluir que, hoje, os grupos societários transformaram-se na principal técnica de organização da empresa.

Os grupos societários podem ser definidos como agrupamentos de empresas, pluralidade de sociedades, que tem autonomia jurídica, mas que estão sujeitas a uma direção e gerenciamento únicos, entendido este último como elemento central a caracterizar o instituto. A concepção de grupo de empresas está ligada à noção de controle, pois o fenômeno grupal implica que uma mesma empresa passe a ter o controle de outras sociedades. Caracterizam-se, fundamentalmente, pela diversidade jurídica de seus membros aliada à unidade econômica, tendo em vista que é indispensável ao fenômeno grupal a presença de uma centralização mínima da atividade administrativa das empresas que o compõe, o que as leva a perderem, em parte, sua independência econômica.

Apesar da importância e das peculiaridades encontradas nas diversas estruturas que formam os grupos societários, é importante destacar, como o fez parte da doutrina que os estuda, voltando ao tema da extensão da convenção arbitral, que a simples participação de uma empresa, signatária de um determinado contrato, em um grupo societário, não legítima, automaticamente, a extensão, a extensão dos efeitos de tal contrato, ou de eventual convenção arbitral existente, a outras empresas pertencentes ao

mesmo agrupamento. Para que possa ser efetuada a extensão, ou para que possam ser conhecidas as verdadeiras partes do negócio jurídico, indispensável se faz os juízes e árbitros examinem, em cada caso concreto, a vontade e comportamento das partes.

Nesse sentido, a existência do grupo societário constituiria um primeiro indício da participação da sociedade não signatária no negócio jurídico e, logo, no procedimento arbitral, indício este que deve ser levado em consideração pelos julgadores, mas sendo apenas uma presunção relativa, tendo em vista admitir prova em contrário. No âmbito do comércio internacional, a participação de uma empresa em um grupo de sociedades serve de indício, e não de presunção da participação de uma determinada sociedade em um negócio jurídico, permitindo entrever, com mais facilidade, que não signatários sejam abrangidos pela cláusula compromissória que não assinaram.

A existência do grupo societário constitui um primeiro indício da participação da sociedade não signatária no negócio jurídico, sendo esta apenas uma presunção relativa, tendo em vista admitir prova em contrário. Isso porque, independentemente de se estar em face de um grupo societário, as empresas que o integram são dotadas de personalidades jurídicas próprias, por isso é que é preciso analisar cuidadosamente a participação de uma empresa não signatária no negócio jurídico e, mais especificamente, se a mesma manifestou, ainda que tacitamente, o consentimento em relação à arbitragem, ou seja, a vontade de ser parte do negócio jurídico subjacente.

O resultado é o de que, hoje, está se consolidando na jurisprudência arbitral o entendimento de que, presentes determinados requisitos, é possível estender a convenção de arbitragem a uma sociedade que, embora integrante de um grupo societário, não tenha participado formalmente do vínculo contratual (CARMONA, 2009).

Foi assim que WALD (2004) elencou os requisitos, segundo ele, permitiriam a extensão dos efeitos da cláusula compromissória à sociedade não signatária. Para tanto, seria necessário o atendimento de apenas um deles, indistintamente: (a) a sociedade tem que ter desempenhado um papel ativo nas negociações das quais decorreu o acordo do qual consta a cláusula compromissória: (b) a sociedade deve estar envolvida, ativa ou

passivamente, na execução do contrato no qual consta a cláusula compromissória; ou (c) a sociedade tem que ter sido representada, efetiva ou implicitamente, no negócio jurídico.

O que se busca é fazer uso da teoria dos grupos societários e nos princípios que a embasam.

Portanto, o consentimento para com a arbitragem pode ser deduzido do comportamento de uma sociedade do grupo – não signatária da convenção arbitral – em razão de sua implicação na negociação e/ou execução e/ou resilição do contrato que contém a convenção e do qual são partes uma ou mais sociedades do grupo. entretanto, como já examinado, essa circunstância – ser parte de um grupo societário – não é, de *per se*, uma condição suficiente para permitir a extensão da convenção arbitral às empresas não signatárias, motivo pelo qual, devem os julgadores, sejam árbitros ou juízes, examinar, com cautela, a vontade das partes e o seu consentimento para com a arbitragem, antes de decidirem pela extensão, ou não, da convenção arbitral a partes não signatárias.

8- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se assim que, com o advento da Lei 13.129/15, bem como os 25 anos de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial que se passaram desde a edição da Lei 9.307/96, serviram não apenas para cristalizar a posição de destaque que a arbitragem representa no plano jurídico nacional como meio alternativo de prevenção e solução de controvérsias como, igualmente, para sedimentar a compreensão a respeito da origem (por assim dizer) dúplice da arbitragem. Tem-se, de um lado, o inolvidável aspecto jurisdicional, mas, de outro, o igualmente observável aspecto negocial, decorrente da natureza jurídica da convenção de arbitragem.

Justamente em razão desse aspecto negocial é que o estudo da convenção de arbitragem não pode prescindir de uma análise que parta do ponto de vista do negócio jurídico.

REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Extensão da Cláusula Compromissória a partes não signatárias no Direito Societário.** Revista do Advogado n. 119. São Paulo: AASP. 2013. Disponível em: https://www.aprigliano.com.br/qds3/wp-content/uploads/2020/11/Extensao-de-clausula-compromissoria-no-direito-societario.pdf. Acesso em: 23 jul 2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico, existência, validade e eficácia**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5ª ed., São Paulo: RT, 2015.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Reforma da Lei das S.A**. **Comentada**. São Paulo: Renovar, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tratado Geral de Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CARVALHO, Ana Paula G. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JABARDO, Cristina Saiz. **Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários**. Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-06102010-130941/publico/Dissertaca_FINAL_30_01_09.pdf. Acesso em 25 jul 2021.

MAGALHAES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e convenção arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MARCATO, Antônio Carlos (coord.). **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Arbitragem no direito societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER, Antônio Correa; CARVALHO, Eliane Cristina. **Cláusula compromissória e o administrador das sociedades anônimas**. Arbitragem. Revista do Advogado. São Paulo, 2013.

MUNHOZ, Eduardo. **Arbitragem e grupos de sociedades**. In: Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da Lei 9.307/1996. São Paulo: Malheiros, 2008.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. Ed. São Paulo: RT, 2017.

_____. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 19. Ed. São Paulo: RT, 2020.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 4ª. Ed. São Paulo: RT, 1977.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro; Freitas Bastos, 2000.

SCAVONE JR., Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2009.

SUCCAR, Paulo Egídio Seabra, **A arbitragem como meio de resolver conflitos societários**. LEX Coletânea de legislação e jurisprudência Ano 20, n. 226, 2008.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Código Civil interpretado à luz da Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder judiciário e sentença arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002.

WALD, Arnoldo. **A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 2. p. 32-59. São Paulo: RT, 2004.

CONFLITO ENTRE COISAS JULGADAS INDIVIDUAL E COLETIVA

Sergio Franco de Lima Filho[1]

2

O presente trabalho tem por finalidade abordar a questão relativa ao conflito entre coisas julgadas individual e coletiva. A partir do regramento contido no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, buscará, o trabalho, demonstrar a prevalência da coisa julgada coletiva sobre a coisa julgada individual quando estiverem em situação de colisão, sendo dispensável, para a efetivação dessa prevalência, empregue, o indivíduo, a ação rescisória objetivando desconstituir a coisa julgada anterior formada em seu processo individual, muito embora predomine o entendimento de que o ajuizamento da demanda rescisão, para tanto, faz-se necessária. Trata-se de pesquisa exploratória e qualitativa, realizada por meio de textos doutrinários e julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chaves: Coisa julgada individual. Coisa julgada coletiva. Conflito.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Processual Coletivo pela Universidade de Ribeirão Preto. Doutorando em Direito Processual Coletivo pela Universidade de Ribeirão Preto. Professor de Direito Processual Civil e Direito Empresarial na Universidade de Araraquara. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo efetuar breve exame do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que está assim redigido:

> As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Duas são as regras que podem ser extraídas do dispositivo que vem de ser citado. Uma primeira ligada à questão da litispendência entre ações individuais e ações coletivas. E, uma segunda, vinculada ao tema da extensão da coisa julgada coletiva à esfera individual, quando o indivíduo já tenha ajuizado a sua demanda singular ao tempo da superveniência da ação coletiva.

Não será, entretanto, todo o art. 104, em ambas as regras que contém, objeto das considerações que sobrevirão. Limitar-se-á, o trabalho, a enfrentar tão somente a segunda das regras que o mencionado dispositivo do Código de Defesa do Consumidor (CDC) contempla, relativa ao prolongamento da coisa julgada coletiva em benefício de interesses individuais que estejam também abarcados pelo espectro da proteção transindividual.

2 ART. 104 DO CDC: PRIMEIRA APROXIMAÇÃO

O art. 104 do Código de Defesa do Consumidor não se tem revelado um dispositivo de interpretação tranquila. Ao contrário. Tem-se mostrado de exegese difícil e problemática.

Primeiro, em razão da relação confusa que faz entre os incisos do parágrafo único do art. 81 e os incisos do art. 103 do CDC, o que tem gerado dúvidas quanto à

correta interpretação que deve ser dada ao quanto dispõe em sua primeira parte. Mesmo Ada Pelegrini Grinover[3], uma das coautoras do anteprojeto que resultou no Código de Defesa de Consumidor, já afirmou que deve ser observado:

> um erro de remissão contido no art. 104: a referência do dispositivo aos "efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incis. II e III do artigo anterior" deve ser corrigida como sendo à coisa julgada "a que aludem os incis. I, II e III do artigo anterior", e isto porque a coerência interna do dispositivo exige a relação entre a primeira e a segunda remissão, pelo que não se pode excluir da segunda a menção ao inc. I do art. 103 que, ademais, se sujeita ao mesmo regime previsto no inci. II. Quando muito, poder-se-ia entender a segunda remissão como feita aos incis. I e II do art. 103, levando em conta a própria ordem de indicação dos efeitos da coisa julgada (*erga omnes* e *ultra partes*) seguida pelo dispositivo. Como veremos, entenda-se a segunda remissão como sendo aos incis. I, II e III do art. 103, ou I e II do mesmo dispositivo; a interpretação do dispositivo não muda... Mas o que não se pode é excluir a referência ao inc. I do art. 103.

Mas não é à aludida confusão que pretende referir-se o presente estudo, muito embora seja imperioso concordar-se, quanto ao tema, com Ada Pelegrini Grinover, no sentido de que efetivamente houve um erro de remissão no art. 104 do CDC, não sendo possível considerar que não esteja o inciso I do art. 103 abrangido pela regra que disciplina a extensão da coisa julgada coletiva à esfera individual.

Como já afirmado, o trabalho volta suas atenções para a parte final do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual a coisa julgada coletiva não tem o condão de beneficiar os autores das ações individuais se não for requerida a suspensão de tais ações dentro do prazo de trinta dias, prazo esse que deve ser contado a partir do momento em que, no processo individual, tem o autor ciência acerca do ajuizamento da ação coletiva.

3 O ART. 104 DO CDC EM SUA SEGUNDA PARTE

[3] GRINOVER, Ada Pelegrini. Capítulo IV: Da coisa julgada (Comentários aos arts. 103 e 104). *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. n.p.

O art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, em sua segunda parte, como já foi mencionado, prevê que a coisa julgada coletiva não beneficiará os autores de ações individuais, se não for requerida a suspensão de tais ações no prazo de trinta dias, a contar das ciências, nos respectivos processos, do ajuizamento da ação coletiva.

A interpretação do dispositivo, a princípio, parece simples.

Havendo, já, demanda individual em curso quando do ajuizamento da ação coletiva, o indivíduo, para que seja beneficiado pela extensão da coisa julgada formada no processo transindividual, deve requerer a suspensão da sua ação particular no prazo de 30 dias, a contar do momento em que tem ciência, no seu processo individual, da existência da demanda de caráter coletivo.

Caso pleiteie, o indivíduo, a suspensão dentro do citado prazo (30 dias), será beneficiado pela coisa julgada coletiva (com o transporte *in utilibus* dessa coisa julgada transindividual para o âmbito do processo particular). Mas caso não postule, entretanto, o indivíduo, dentro do prazo, a suspensão, não será favorecido pela coisa julgada que se formará na ação coletiva, sujeitando-se ao que decidido na sua ação individual. Presume-se, em tal hipótese, que não pretende, o indivíduo, aguardar o desfecho da demanda coletiva, a fim de beneficiar-se da decisão que nela será proferida, preferindo que sua demanda singular tenha seguimento (*right to opt out*, ou seja, coloca-se, o indivíduo, de fora dos benefícios que lhe poderiam ser proporcionados pela extensão da coisa julgada transindividual).

Optou, assim, o sistema das ações coletivas regido pelo CDC em conjunto (e em compasso) com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), por deixar livre ao indivíduo o ajuizamento da ação individual. De modo que pode optar, então, por promover sua demanda singular, ainda que ajuizada, anteriormente, a ação coletiva, como pode, também, optar por prosseguir com a sua demanda individual, quando a ação coletiva é ajuizada posteriormente.

Trata-se de garantir ao indivíduo o direito de amplo acesso à justiça, facultando-lhe a propositura ou a sequência de sua demanda individual, ainda que

concomitantemente com a ação coletiva, que não pode prejudicar, mas, sim, apenas fortalecer, o direito que tem, cada qual, de provocar o Poder Judiciário diante de uma lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal)[4].

E assim de fato ocorre, como previsto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, se o indivíduo tomou ciência, nos autos da demanda singular que promoveu, acerca da propositura da ação coletiva, podendo optar, conscientemente, pelo prosseguimento, ou não, da demanda individual que instaurou. Tendo optado pelo prosseguimento de sua ação, não será beneficiado pela coisa julgada formada na ação coletiva. Não tendo optado, ao contrário, pela seqüência de sua demanda de cunho particular, será favorecido (mas nunca prejudicado) pela coisa julgada verificada na demanda transindividual.

Do que vem de ser exposto, o art. 104, em relação à segunda regra que contempla, não suscita maiores questões interpretativas.

4 O ART. 104 DO CDC EM SEGUNDA PARTE E O PROBLEMA QUE SUSCITA

O problema surge, contudo, quando, sem que o indivíduo tenha tido ciência da demanda coletiva posteriormente ajuizada, a ação individual é julgada improcedente, com trânsito em julgado ocorrido, enquanto a demanda coletiva, também de modo definitivo, é julgada posteriormente procedente.

Tem-se entendido, de modo majoritário, necessário, na hipótese, que o indivíduo, para que seja possível a extensão, em seu prol, da coisa julgada coletiva, proponha ação rescisória, objetivando superar a coisa julgada formada na demanda individual, quando,

[4] Nada obstante, já decidiu, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no sentido da suspensão de todas as ações individuais em razão do ajuizamento de demanda coletiva a abarcar, em seu âmbito, os interesses particulares correlatos: STJ, REsp n. 1.110.549/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2ª Seção, DJe de 14/12/2009. Esse recurso especial foi julgado conforme o procedimento previsto para os recursos repetitivos, gerando o Tema Repetitivo 60 do STJ, com a seguinte tese fixada: "ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva".

então, procedente a demanda de rescisão, tornar-se-ia possível o aproveitamento da coisa julgada verificada na ação coletiva.

É o que sustentam, por exemplo, Elton Venturi[5], Pedro Lenza[6], Luiz Manoel Gomes Júnior[7], Rodolfo de Camargo Mancuso[8] e Antônio Gidi[9], que dizem ser impossível ao indivíduo que teve sua ação singular anteriormente julgada improcedente, com trânsito em julgado já ocorrido, seja estendida a decisão de procedência posteriormente exarada na demanda coletiva sem que antes promova, o indivíduo, com o fim de afastar a coisa julgada formada na sua ação individual, a indispensável (a juízo dos autores citados) ação rescisória.

Apenas ao depois do manejo e do acolhimento da demanda de rescisão, portanto, é que estaria, o indivíduo, para os autores mencionados, autorizado a buscar a liquidação individual da sentença coletiva, pretendendo a apuração dos danos pessoalmente sofridos. Não fosse assim, haveria uma autêntica afronta à coisa julgada formada no processo individual, segundo argumentam.

Discorda-se, contudo, desse posicionamento. Entende-se que é dispensável, no caso, o ajuizamento de qualquer ação rescisória, exigência extravagante em relação ao que dispõe o sistema processual coletivo, máxime quando se tem como certo que o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor impõe, para que o indivíduo não seja beneficiado pelo julgado coletivo, que tenha tido ciência, no seu processo individual, da ação coletiva proposta, optando, após tal ciência, pelo seguimento de seu processo singular, deixando de pleitear a suspensão dele.

De modo que se faz imprescindível, segundo o art. 104, para que o indivíduo não seja favorecido pela procedência da ação coletiva, a presença simultânea de dois requisitos. Por primeiro, é preciso que tenha, o indivíduo, tomado ciência, nos autos de

[5] VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: RT, 2007. p. 366.
[6] LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ªed. São Paulo: RT, 2005. p. 257.
[7] GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 198.
[8] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2008. p. 491.
[9] GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 203-204.

sua ação individual, acerca da demanda coletiva ajuizada. Mas não só. É preciso que tenha optado, ainda, por não requerer a suspensão da tramitação de sua demanda singular.

Sem a presença de qualquer desses dois requisitos, a solução deve ser a extensão do julgado coletivo ao âmbito individual. É o que se extrai do disposto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, que procurou, nesses termos, conciliar e harmonizar a tutela de direitos individuais e coletivos derivados de situações controvertidas de análoga ou mesma origem, como ocorre, por exemplo, com o indivíduo que pessoalmente sofreu lesão (situação individual) decorrente de dano causado ao meio ambiente (bem coletivo em sentido amplo).

A regra, portanto, é a extensão do julgado coletivo em benefício dos indivíduos, o que apenas não ocorre, de acordo com o art. 104 do CDC, em situações excepcionais, dependentes da ciência do indivíduo, no seu processo particular, acerca da ação coletiva proposta, acrescida da opção de não suspender o curso de sua demanda de caráter individual.

Apenas assim, pois, diante da presença conjunta dos dois requisitos trazidos pelo art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, é que não poderia, a coisa julgada coletiva, beneficiar o autor individual.

Ocorre que duas são as situações que podem acontecer. É possível, em primeiro lugar, que, embora a ação coletiva tenha sido proposta quando ainda tramitava a ação individual, esta tenha sido julgada improcedente, com trânsito em julgado, sem que o indivíduo tivesse tido ciência da existência daquela, que foi, ao depois, decidida pela procedência. Na hipótese, em que pese fosse em tese possível a ciência do indivíduo acerca da demanda coletiva, ela, ou seja, a ciência, na prática não se efetivou.

Em segundo lugar, é possível que a ação individual seja definitivamente julgada improcedente sem que a demanda coletiva, ainda, tenha sido ajuizada, recebendo, ao depois de proposta, decisão de procedência. No caso, não havia como o indivíduo ter tido ciência da ação coletiva, pretendendo a suspensão de sua ação individual, tendo em vista que a demanda coletiva apenas foi posteriormente proposta, após o término, com

trânsito em julgado, da ação individualmente intentada.

Pedro da Silva Dinamarco[10], sobre essa segunda hipótese, é incisivo, defendendo, sem suscitar a possibilidade do ajuizamento de ação rescisória, a prevalência absoluta da coisa julgada formada na ação individual.

Entretanto, o correto entendimento é o de que, em ambas as situações divisadas, a solução não se altera, devendo ser afastada a preponderância da coisa julgada individual sobre a coletiva, além de rechaçada a necessidade da propositura de ação rescisória em face do trânsito em julgado havido na demanda singular.

O que importa, segundo o disposto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, para que a coisa julgada coletiva prevaleça sobre a coisa julgada individual, é que esta tenha sido formada anteriormente ao advento daquela sem que o indivíduo tenha tido ciência da demanda coletiva proposta, ficando impossibilitado de optar por beneficiar-se do julgamento da demanda transindividual, sendo irrelevante que a coisa julgada ocorrida no processo singular tenha ocorrido antecipadamente, até, ao ajuizamento da ação coletiva.

Tem relevância, sim, que o indivíduo não tenha tomado ciência da ação coletiva intentada, seja porque, embora a ação individual e a demanda coletiva tenham tramitado concomitantemente, tal ciência, embora possível, inexistiu, seja porque a demanda coletiva foi proposta, apenas, depois de definitivamente decidida a ação individual, quando, então, não havia, de fato, como o indivíduo ter tido ciência da ação coletiva posteriormente proposta.

Em ambos os casos não teve, o indivíduo, como exige o art. 104 do CDC para que a coisa julgada coletiva não prevaleça sobre a individual, a oportunidade de optar por beneficiar-se da coisa julgada coletiva. E é isso o que realmente importa para que a coisa julgada individual possa predominar sobre a coisa julgada coletiva, segundo a regra prevista no Código de Defesa do Consumidor objetivando harmonizar a tutela

[10] DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 109.

jurisdicional coletiva com a tutela jurisdicional individual derivadas de situações conflituosas de mesma origem ou de origem análoga.

Indispensável, portanto, para que a coisa julgada formada na demanda individual se sobreponha à coisa julgada havida na ação coletiva, tenha tomado ciência, o indivíduo, no processo singular que promoveu, acerca da existência da demanda coletiva ajuizada.

É como entende Antônio Gidi[11]:

> A partir do enfrentamento desta questão surgirá um outro problema, qual seja o de saber se poderá vir a ser beneficiado pela decisão coletiva aquele consumidor que não requereu a suspensão de seu processo por ignorar a existência da ação coletiva. A doutrina não é expressa, mas estuda o assunto como se tratasse de mera liberalidade da lei, não, propriamente, um direito assegurado ao consumidor pelo Código. A opção de suspender ou prosseguir o seu processo individual passaria a constituir um direito para o consumidor a partir da informação constante dos autos. (...) Na ausência dessa informação nos autos, não haveria direito ao requerimento de suspensão do processo individual, e conseqüentemente, a ser beneficiado pela procedência da ação coletiva. (...) No entanto, afigura-se-nos que a questão, nos termos em que vem sendo proposta pela doutrina, está equivocada. Com efeito. Não diz a lei que "os autores das ações individuais serão beneficiados pela extensão *in utilibus* da coisa julgada da ação coletiva somente se requererem a sua suspensão". O que diz (e quer) a lei é algo sensivelmente diverso. Diz: "os autores das ações individuais não serão beneficiados pela extensão *in utilibus* da coisa julgada da ação coletiva se, cientes da sua existência, não requererem a suspensão de seu processo".

Na mesma direção, Pedro Lenza[12] afirma:

> ...desde que tomem efetiva ciência nos autos da ação individual da existência da ação coletiva e não optem os autores individuais por sua suspensão, deixarão de se beneficiar da regra prevista no art. 103, § 3º, do CDC, que regulamenta, além da extensão subjetiva do julgado, a ampliação *ope legis* do objeto do processo para beneficiar a todos, de maneira *erga omnes* (interesses difusos), ou *ultra partes* (interesses coletivos).

Interpretando em *contrario sensu* a afirmação de Pedro Lenza, é possível concluir que, inexistindo a referida ciência, serão favorecidos, os autores das ações individuais, pela coisa julgada formada na demanda coletiva.

Contudo, importa registrar que os autores citados (Antônio Gidi e Pedro Lenza), embora entendam que a ciência é imprescindível para que a extensão da coisa julgada

[11] GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 201.
[12] LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 257.

coletiva não atinja o plano individual, defendem, caso já tenha transitado em julgado a sentença dada no processo particular, a necessidade da propositura de ação rescisória, a fim de desconstituir-se a coisa julgada verificada na demanda individual.

Vê-se, todavia, que a exigência, no caso, da propositura de ação rescisória, criaria, no mínimo, dois inconvenientes, além de ser desnecessária. O primeiro, relativo ao fundamento a ser utilizado para o embasamento da ação rescisória, dentre aqueles que podem servir de apoio ao pedido de rescisão, segundo o disposto art. 966 do Código de Processo Civil (CPC).

Seria o caso de violação da coisa julgada coletiva, quando, então, a ação rescisória teria por fundamento o inciso IV do art. 966? Seria, a hipótese, de violação manifesta de norma jurídica (inciso V do art. 966), posto que transgredidos os arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, como defendem Elton Venturi[13] e Pedro Lenza[14]? Cuidar-se-ia, na espécie, de infração ao princípio da isonomia, como salienta Luiz Manoel Gomes Júnior[15], também atraindo a incidência do inciso V do art. 966 do CPC? Ou representaria, a sentença coletiva transitada em julgado, documento novo, surgido depois da sentença proferida no processo singular, de que não pôde fazer uso o autor individual (inciso VII do art. 966)?

O segundo inconveniente decorrente da adoção, no caso, da via rescisória, como sendo a adequada a ser empregada na solução do problema proposto, refere-se ao início do prazo decadencial de dois anos previsto no art. 975 do Código de Processo Civil.

Contar-se-ia, o referido prazo, a partir do trânsito em julgado da decisão final prolatada no processo individual, de modo que superados, a parir de tal marco, os dois anos, nada mais haveria a ser feito? Ou, então, seria ele, o prazo de dois anos, contado a partir do momento em que o indivíduo viesse a tomar ciência da ação coletiva, mesmo depois de encerrada a ação individual, com trânsito em julgado, há mais de dois anos? E

[13] VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: RT, 2007. p. 366.
[14] LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ªed. São Paulo: RT, 2005. p. 257.
[15] GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 198.

mais. Passados os dois anos da rescisória, nada mais haveria, por parte do indivíduo, a fazer?

Entendendo-se a sentença coletiva transitada em julgado como documento novo apto a fundar a demanda de rescisão, ainda seria possível a invocação do § 2º do art. 975 do CPC, o qual prevê que, quando baseada, a ação rescisória, em prova nova (art. 966, VII, do CPC), o termo inicial do prazo de dois anos para o ajuizamento da demanda de rescisão deve ser aquele da data da descoberta da prova nova, ou seja, da ciência, pelo individuo, da sentença coletiva transitada em julgado. Nada obstante, o próprio inciso VII do art. 966 do Código de Processo Civil estabelece que, passados mais de cinco anos do trânsito em julgado, nem mesmo a rescisória escorada em nova prova pode ser intentada.

Problemática, assim, além de dispensável, como já ressaltado, a adoção, para a solução da questão em debate, da via da ação rescisória. Exigir-se, na espécie, a propositura de ação de rescisão, além de contrariar o disposto no próprio 104 do Código de Defesa do Consumidor, que é expresso ao estabelecer que a coisa julgada coletiva, sem a ciência por parte do individuo sobre a existência da demanda transindividual, prevalece sobre a coisa julgada singular, é solução que não se coaduna com a simplicidade e a economia que devem imperar no plano processual, impondo ao Poder Judiciário a realização de toda uma atividade jurisdicional desnecessária exigida para o julgamento da demanda de rescisão.

A solução da questão enfrentada no presente trabalho, portanto, não passa pelo emprego da ação rescisória. Mas como resolver, então, o problema da contradição entre os julgados, de improcedência na ação individual, de que não cabe mais recurso, e de procedência na ação coletiva, já com trânsito em julgado, quando não houve a ciência, pelo indivíduo, no seu processo individual, acerca da ação coletiva proposta?

Extraindo do art. 104 do CDC, em sua segunda parte, o que ele efetivamente prescreve, a coisa julgada coletiva deve necessariamente ser estendida ao plano individual quando inexistente a ciência, pelo indivíduo, no seu processo particular, da demanda de cunho coletivo.

Defende-se, pois, a prevalência da tutela coletiva sobre a tutela individual, com fulcro no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, que exige, para que assim não se dê, tenha sido cientificado o autor da ação individual acerca da ação coletiva ajuizada, optando, então, pelo seguimento da sua demanda particular.

A coisa julgada coletiva, portanto, prevalece sobre a coisa julgada individual. É o que decorre do art. 104.

E prevalecendo, como realmente prevalece, a coisa julgada coletiva sobre a coisa julgada individual, em razão do disposto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, é porque a superveniência da coisa julgada formada na ação coletiva, quando ausente a ciência do autor singular acerca da demanda transindividual que foi ajuizada, tem o condão de afastar ou superar a coisa julgada ocorrida na ação movida pelo indivíduo.

Esse o motivo por que não vemos demasia em afirmar a existência, mesmo, de um efeito rescisório anexo acoplado à sentença coletiva de procedência, que teria, assim, por força do disposto no art. 104, o poder de desconstituir eventuais coisas julgadas que foram formadas em demandas individuais anteriormente decididas pela improcedência.

Possível, pois, defender, com fulcro no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, dando-lhe o rendimento devido, a existência de um verdadeiro efeito rescisório anexo, decorrente de lei (art. 104), ligado à procedência definitiva de uma ação transindividual, capaz de desconstituir a coisa julgada que acoberta a decisão de improcedência dada na demanda de índole singular.

Contudo, poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, que não é dado à lei infraconstitucional instituir hipótese de rescisão da coisa julgada contra a garantia fundamental constante do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal.

Ocorre que é permitido, sim, à legislação infraconstitucional estabelecer hipóteses de ruptura da coisa julgada. Basta que exista uma razão suficiente, justificável, como há em relação ao § 12 do art. 525 do CPC, que tem por finalidade a tutela da supremacia da Constituição, fazendo com que decisões contrárias às disposições constitucionais não prevaleçam.

No caso específico, a razão suficiente é a salvaguarda do princípio da isonomia. Há, portanto, uma justificativa plausível, qual seja, o predomínio do primado da igualdade, que não se compatibiliza com o tratamento divergente dado ao indivíduo em sua demanda singular, quando comparado àquele, mais benéfico, dispensado aos demais integrantes da coletividade lesada, máxime quando o indivíduo não teve, por qualquer motivo, ciência acerca da ação coletiva ajuizada, ficando impossibilitado de optar por beneficiar-se da coisa julgada nesta ocorrida.

Entre proteger a segurança jurídica e preservar a isonomia, optou, o legislador, no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, por dar preferência a esta em detrimento daquela.

Correta a escolha do legislador, porquanto conforme às diretrizes da proporcionalidade, ou seja, ajustada à adequação, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito, como bem demonstra Vanessa Casarin Schütz[16], em interessante monografia sobre o mesmo tema de que se ocupa o presente trabalho, embora enfocando a questão a partir da ótica específica do tratamento diferenciado dado a servidores públicos estatutários:

> ...a) adequação: a restrição ao princípio da coisa julgada - formada na ação individual - promove adequadamente o fim pretendido, qual seja a isonomia no tratamento jurídico dos servidores públicos estatutários; b) necessidade: a restrição ao princípio da coisa julgada é medida necessária, uma vez que não há outro meio que promova, de forma efetiva, o princípio da isonomia, a partir do respeito à decisão transitada em julgado na ação coletiva e, por fim, c) proporcionalidade em sentido estrito: as vantagens na restrição ao princípio da coisa julgada - formada na ação individual - superam as desvantagens da sua restrição, uma vez que à isonomia é dada uma importância maior, uma vez que, ao igualar positivamente (pelo fato de ser procedente a ação coletiva) todos os servidores públicos estatutários, a partir de uma leitura constitucional da situação jurídica destes, adota-se uma postura que respeita o indivíduo, tanto enquanto membro da sociedade, quanto enquanto membro de sua categoria, fazendo exalar dessa situação um "ar" de justiça. Tal percepção pode obter boa aceitação por parte da comunidade jurídica e social que tanto aspira por igualdade.

Mesmo aqueles que defendem a necessidade, na situação em apreço, do emprego da ação rescisória, não deixam de reconhecer que se cuida, no caso, de uma verdadeira

[16] SCHÜTZ, Vanessa Casarin. *O princípio da isonomia e o conflito entre sentenças coletivas e individuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 103-104.

hipótese a exigir a rescisão, tendo em vista o caráter prevalente do primado fundamental da igualdade, na espécie, sobre a garantia da segurança jurídica que advém da coisa julgada.

Assim, entre a decisão proferida na demanda individual e aquela prolatada na ação coletiva, entendeu, o art. 104, que esta deve sobrepor-se, em sua conclusão, àquela, que cede passo, então, ao tratamento molecularizado do conflito obtido nos domínios da demanda de cunho transindividual.

Destaca Teresa Arruda Alvim Wambier[17], sobre a discrepância de entendimentos vindos do Poder Judiciário a partir do mesmo texto de lei e em face de quadros fáticos idênticos:

> ...o princípio da legalidade e o da isonomia, verdadeiros pilares da civilização moderna, levam a que se considerem adequadas soluções que tendam a evitar que ocorram estas discrepâncias. Um destes "métodos" é o da extensão ampla que se empresta à eficácia da sentença e respectiva coisa julgada nas ações coletivas *lato sensu*. (...) ...o princípio da isonomia recomenda que não se decida diferentemente, em face de casos iguais. Só assim será proporcionada a plena aplicabilidade do princípio da legalidade, funcionando ambos engrenadamente.

Fere, ademais, a equidade, além do senso comum de justiça, que se dê, àqueles que se encontram em situação jurídica idêntica, soluções diversas, distintas entre si.

Não há como sustentar que esteja de acordo com a Constituição Federal, a não ser em situações excepcionais, como aquela em que, para preservar a liberdade de ação do autor individual, permite-se que ele prossiga com sua demanda singular, sujeitando-se aos efeitos que dela advierem, ainda que contrários àqueles obtidos na ação coletiva, que sujeitos submetidos às mesmas circunstâncias jurídicas, titulares de direitos idênticos ou similares, recebam tutelas jurisdicionais diversas, divergentes, afetando, até, a credibilidade na atuação do Poder Judiciário.

[17] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei*. São Paulo: RT, 2002. p. 314-316.

Se é certo que a coisa julgada é uma importante garantia constitucional, não menos certo, também, é que a igualdade constitui um direito fundamental situado no mais elevado patamar no rol dos direitos fundamentais previstos Constituição Federal.

Além de tudo, importa realçar que a coisa julga não é algo natural ao exercício da atividade jurisdicional, mas uma opção política do legislador, ditada por razões práticas, como ressaltam Chiovenda[18] e Eduardo Couture[19]. Por esse motivo, pode ser, até mesmo, em dadas hipóteses, dispensada ou desconstituída.

Diversos são os casos em que a coisa julgada, realmente, cede passo, a partir de uma consideração sistemática do ordenamento jurídico, ainda que ausente qualquer previsão expressa a respeito, a outros valores também constitucionalmente assegurados. É o que ocorre, por exemplo, com as demandas sujeitas a cognição sumária, em que a coisa julgada, em virtude da ausência da necessária profundidade e consequente certeza sobre a questão em debate, não se forma. É o que ocorre, também, com as hipóteses do art. 966 do Código de Processo Civil, que autorizam a quebra da coisa julgada anteriormente formada, embora a propositura de ação rescisória, na específica situação enfrentada por este trabalho, como já sublinhado, seja mesmo desnecessária.

Patente, pois, como já se disse, a preferência do sistema processual pela tutela coletiva, em detrimento da individual, quando conflitantes os seus resultados, sobretudo quando não tem, o autor individual, a ciência e a opção a que faz referência o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.

A primazia da tutela coletiva sobre a individual é idéia que vem sendo claramente sustentada pela doutrina, como se nota de Kazuo Watanabe[20], quando refere que o objetivo colimado pelo legislador, com a instituição da jurisdição coletiva:

> ...foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais

[18] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Reus (S.A.), 1925. tomo II. p. 412-413.
[19] COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 405-407.
[20] WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo (Repro)*, n. 67. São Paulo: RT, 1992 (jul./set.). p. 15.

adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário atulhado de demandas fragmentárias.

Assim, se o art. 104 do CDC determina que, diante da ausência de ciência e oportunidade de opção, pelo autor individual, por beneficiar-se do julgado coletivo, prevalecerá a decisão definitiva prolatada na demanda transindividual, o que restar decidido em tal demanda coletiva favorecerá o indivíduo, prevalecendo sobre a decisão prolatada na ação singular, nada importando que a ação individual já tenha, anteriormente ao advento da sentença coletiva de procedência, transitado ou não em julgado.

Cuida, a situação aqui examinada, é fato, de um autêntico conflito de julgados, estabelecido entre a improcedência havida na demanda individual, já com trânsito em julgado, e a procedência posterior obtida na ação coletiva[21]. Porém, o conflito é desfeito pela própria lei, ou seja, pelo art. 104 do CDC, que define qual dos julgados conflitantes é aquele que deve prevalecer, isto é, que deve ser cumprido, qual seja, o julgado coletivo, com a rescisão automática do julgado individual, sem que seja necessária a propositura de ação rescisória, como já exposto.

O legislador, ponderando os princípios da liberdade de demandar, de um lado, e da isonomia, de outro, resolveu compatibilizá-los, prescrevendo que, diante da ciência da ação coletiva por parte do autor individual, tendo este optado pelo prosseguimento de sua demanda singular, a decisão nesta proferida é que deve prevalecer.

Entretanto, inexistindo, por parte do autor individual, ciência acerca da ação coletiva intentada, sem que lhe tenha sido oportunizado o direito de optar por beneficiar-se do julgado coletivo, seja em razão da inexistência, ainda, de ação coletiva proposta quando do trânsito em julgado da decisão proferida na demanda individual, seja, ainda, em razão de já ter sido, anteriormente, ajuizada a ação coletiva sem que esta tenha chegado ao conhecimento do autor singular, a decisão definitiva prolatada na demanda transindividual é que deve predominar, beneficiando o indivíduo.

[21] Já que a decisão proferida na demanda transindividual, como decore do art. 104 do CDC, não tem o condão de prejudicar, mas tão só beneficiar, o indivíduo.

Ao menos, seria o caso de utilizar-se, na solução do problema de que se está a ocupar no presente estudo, a figura da relativização da coisa julgada, desconsiderando-se, *incidenter tantum*, no âmbito da própria liquidação individual da sentença coletiva, sem a necessidade da propositura de ação rescisória, a coisa julgada formada na demanda individual.

É como pensa Rodolfo de Camargo Mancuso[22], embora restrinja a utilização da relativização da coisa julgada, na hipótese, apenas aos casos em que superados os dois anos para o ajuizamento da ação rescisória, exigindo, entretanto, para a efetivação da relativização, o ajuizamento de uma ação específica, com o que, todavia, por tudo que já foi referido, não se concorda. Diz Mancuso:

> No antes cogitado alvitre do uso da ação rescisória, se já houver passado o respectivo biênio (CPC, art. 495), seria pensável a aplicação da tese da relativização da coisa julgada, dada que alguma ação há que ser disponibilizada ao prejudicado individual, pois do contrário ter-se-ia o paroxismo de que só a ele não se aplicaria o benefício do ressarcimento, todavia reconhecido - *erga omnes* - em face dos demais consumidores do mesmo produto.

De mais a mais, como vem predominando, é ônus do réu cientificar o autor, no âmbito da ação individual, acerca da ação coletiva que contra si foi proposta. O réu, sem dúvida, tem as melhores condições de cientificar o indivíduo nos domínios da ação individual, pois é ele que, tendo sido demandado em ambas as ações, individual e coletiva, já que apontado como causador do dano de origem comum, tem conhecimento das duas demandas, podendo declinar esta informação na seara do processo singular. É o que defendem Antônio Gidi[23], Elton Venturi[24], Pedro Lenza[25] e Luiz Manoel Gomes Júnior[26].

No mesmo rumo, Fredie Didier Júnior e Hermes Zanetti Júnior[27] afirmam:

> Se o indivíduo não teve ciência da existência do processo coletivo, não pode ser prejudicado com o prosseguimento do processo individual. O indivíduo tem

[22] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas.* 2ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: RT, 2008. p. 491.
[23] GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 202.
[24] VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: RT, 2007. p. 364.
[25] LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 256.
[26] GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 196 e 197.
[27] DIDIER JÚNIOR, Fredie; e ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. vol. 4. p. 213.

> o direito de ser informado sobre a pendência do processo coletivo, cabendo ao réu proceder a essa informação. É o que corretamente sugere o parágrafo único do art. 31 do Código Modelo para a Ibero-América. Observe que há um interesse do réu nessa comunicação, pois evita que ele seja demandado mais de uma vez ao mesmo tempo em torno de uma mesma situação. Cria-se, então, um ônus para o réu (...) se não for cumprido, o autor individual beneficiar-se-á da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a sua ação individual ser rejeitada. Trata-se de regra em consonância com o princípio da boa-fé processual, principalmente em relação ao princípio da cooperação.

Ora, mas que ônus seria este, imposto ao demandado, que, caso não cumprido, o efeito que decorreria seria um benefício ao onerado, ou seja, a prevalência da improcedência da ação individual, e não um gravame, qual seja, a sujeição ao julgado coletivo procedente?

Não faz, de fato, qualquer sentido que a inobservância de um ônus processual acarrete ao onerado um benefício, e não um gravame.

Se a solução parece não ser a ideal nos casos em que o ajuizamento da ação coletiva sobrevém ao término da ação individual, quando, então, seria possível dizer que o réu, ao tempo da ação particular, não teria condições de conhecer qualquer ação coletiva contra si proposta, e, portanto, não poderia, em consequência, ter o ônus de noticiar nos autos da ação individual a propositura ou o trâmite da demanda transindividual contra ele ajuizada, a solução parece correta, entretanto, para os casos em que, por algum momento que seja, as ações individual e coletiva tramitaram de modo simultâneo no tempo, incidindo, para o réu, o ônus de noticiar na ação individual a existência da ação coletiva também em curso.

Mas não é só, todavia. Pois ainda que não se veja, com fulcro no art. 104 do CDC, que a coisa julgada coletiva, quando procedente a decisão que ela reveste, tem o condão de rescindir, de modo automático, como um efeito anexo seu, a coisa julgada individual, prevalecendo sobre esta, mesmo assim, na situação em exame, a partir de outras perspectivas, o ajuizamento da demanda rescisória não se revela indispensável.

É que a coisa julgada apenas imuniza a decisão a que é destinada diante de tudo o que foi e poderia ter sido alegado pelas partes no âmbito do processo em que ela, a coisa julgada, ocorreu. Trata-se da regra constante do art. 508 do Código de Processo Civil, que

contempla a chamada eficácia preclusiva da coisa julgada (ou o princípio do deduzido e do dedutível).

Estabelece, o mencionado art. 508, num evidente reforço à garantia da coisa julgada, que: *"Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido"*.

De modo que todas as alegações que poderiam ter sido suscitadas, por qualquer das partes, na esfera do processo em que a coisa julgada se formou, não poderão ser por elas suscitadas ao depois, com a finalidade de infirmar a autoridade da coisa julgada em tal processo formada. É o que se retira do disposto no art. 508 do Código de Processo Civil.

Fica, pois, vedado, às partes, o emprego, posterior, visando a afastar a coisa julgada, de tudo o que poderia ter sido alegado, por elas, no âmbito da demanda em que proferida a decisão revestida da imutabilidade decorrente do trânsito material em julgado. Mas não ficam impedidas, entretanto, as partes, de alegar, em ocasião futura, ainda que com o escopo de contrariar a coisa julgada anteriormente formada, o que não poderia ter sido por elas trazido ao processo de que vem a sentença acobertada pela intangibilidade derivada da coisa julgada material.

Assim, só o que poderia ter sido alegado e não foi é que não pode ser usado, posteriormente, por qualquer das partes com o fim de contradizer a coisa julgada. Mas não, contudo, reitere-se, o que não poderia ter sido por elas suscitado.

Para Cândido Rangel Dinamarco[28], transitada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor ao acolhimento ou à rejeição do pedido. Tal é a eficácia preclusiva da coisa julgada, que não se confunde com esta, mas sem a qual a coisa julgada quase nada valeria. O efeito preclusivo da coisa julgada abrange o deduzido e o dedutível, sendo necessário entender-se, assim, que não fica acobertada por esse efeito preclusivo qualquer matéria insuscetível

[28] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. vol. II. p. 1047.

de ser deduzida antes do julgamento da demanda. Em igual direção caminham Cassio Scarpinella Bueno[29] e Fredide Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[30].

Barbosa Moreira[31], de se turno, afirma que o que não poderia ter sido alegado no curso da demanda de que proveio a coisa julgada pode sê-lo, contudo, posteriormente, ainda que com o objetivo de contrastar o trânsito material em julgado anteriormente formado, não recaindo na proibição trazida pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Esse posicionamento que vem de ser mencionado ajusta-se perfeitamente ao caso em exame, pois, não tendo, o indivíduo, tido ciência da ação coletiva, seja porque o demandado não se desincumbiu do ônus de cientificá-lo, seja, então, porque a demanda coletiva foi proposta apenas depois de definitivamente decidida a ação individual, a extensão do julgado coletivo, com fulcro no art. 104 do CDC, constitui algo que ele, o indivíduo, não pôde sustentar na demanda que particularmente promoveu.

Fugindo, pois, ao que poderia ter sido alegado, pelo indivíduo, em sua ação individual, não se submete, a questão, referente à extensão do julgado coletivo à esfera particular, à eficácia preclusiva da coisa julgada, podendo ser alegada, em consequência, posteriormente, sem qualquer obstáculo, ainda que com o objetivo de atingir solução prática contrária àquela revestida pela coisa julgada havida no processo singular.

O advento do julgado coletivo transitado em julgado, estendendo os seus efeitos ao plano individual, tendo em conta os danos pessoalmente sofridos, deve ser tido como um verdadeiro fato novo, apto, portanto, a autorizar solução diversa daquela revestida pela coisa julgada operada na demanda individual.

Poder-se-ia, até mesmo, afirmar, sem qualquer exagero, que o surgimento do julgado coletivo de procedência, com a sua extensão ao âmbito individual, constitui um fundamento novo, uma nova causa de pedir, que não foi, nem poderia ter sido, ausente a

[29] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. vol. 2. p. 361-363.
[30] DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. vol. 2. p. 684-687.
[31] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 107-108.

ciência do indivíduo sobre a existência de referido julgado, empregada na seara da demanda individual. E mudando a causa de pedir, como é corrente, muda a ação, não havendo mais falar-se no óbice da coisa julgada, que impede, exatamente, que emita, o Poder Judiciário, uma nova decisão acerca de uma mesma ação.

5 CONCLUSÃO

Nada obsta, assim, como se vê, que, independentemente da propositura de ação rescisória, possa, o indivíduo, que não teve ciência da demanda coletiva proposta, embora tivesse ajuizado a sua demanda particular, cuja decisão de improcedência transitou em julgado anteriormente ao advento da procedência definitiva da demanda transindividual, pleitear a liquidação singular da decisão final prolatada na ação coletiva.

Mas é possível argumentar-se que o interesse na questão debatida neste trabalho derruiu depois que o STJ decidiu, no REsp n. 1.110.549/RS, sob a sistemática de julgamento de recursos repetitivos (Tema 60), que, ajuizada ação coletiva atinente à macrolide, geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, a fim de aguardar-se o julgamento da demanda transindividual[32].

Dir-se-ia que esse entendimento firmado pelo STJ, no sentido da suspensão generalizada das ações individuais tendo em vista a propositura de demanda coletiva que as abarca, acabaria por evitar o conflito entre coisas julgadas individual e coletiva, tornando estéril a discussão trazida e enfrentada no presente trabalho.

Discorda-se, contudo. E se discorda porquanto é possível, muito embora o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que uma dada demanda individual, em que pese o ajuizamento da ação coletiva, quando ausente o conhecimento

[32] STJ, REsp n. 1.110.549/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2ª Seção, julgado em 28/10/2009, DJe de 14/12/2009.

desta, assim como a informação sobre sua existência no processo singular[33], tramite e atinja decisão definitiva. Sobrevindo, depois disso, decisão transitada em julgado na demanda transindividual, ainda caberá a pergunta: qual decisão definitiva (individual ou coletiva) prevalecerá diante do indivíduo?

Demais disso, a decisão do STJ que vem de ser mencionada não resolve a problemática da demanda individual que transitou em julgado antes mesmo da propositura da demanda coletiva, sendo certo que para essa situação problemática o precedente do Superior Tribunal de Justiça não se aplica, já que pressupõe, para sua incidência, demanda individual em curso que possa ser suspensa quando do avento da ação coletiva.

Por fim, relevante mencionar, em reforço a tudo que vem de ser exposto, que é também do STJ o entendimento de que, no conflito entre duas coisas julgadas, aquela que por último se formou deve prevalecer sobre a primeira[34]. Assim, se sobrevém coisa julgada coletiva em benefício do indivíduo depois de ter este experimentado a improcedência de sua ação individual por decisão definitiva anterior, há de prevalecer, na esteira do posicionamento do STJ que vem de ser referido, a segunda coisa julgada formada, ou seja, aquela verificada no processo coletivo, favorável ao indivíduo.

De modo que, qualquer que seja o ângulo pelo qual se examina a questão colocada em debate no presente trabalho, a propositura da ação rescisória, como vem sendo sustentado de maneira dominante, revela-se absolutamente desnecessária, sendo possível, ao indivíduo, independentemente do ajuizamento da demanda de rescisão, efetuar a

[33] É importante destacar que o sistema de comunicação de existência de ações coletivas, nada obstante os avanços que o Conselho Nacional de Justiça vem promovendo quanto ao tema, ainda está muito distante do ideal, sem conseguir a abrangência que lhe é necessária e fundamental.

[34] STJ, EAREsp n. 600.811/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 4/12/2019, DJe de 07/02/2020. No mesmo sentido: STJ, REsp n. 1.935.215/ES, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 2/6/2022; STJ, AgInt nos EDcl no REsp n. 1.930.955/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 08/03/2022, DJe de 25/03/2022; e STJ, AgInt no AREsp n. 1.885.772/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 21/02/2022, DJe de 15/03/2022. Em âmbito doutrinário, defendendo a prevalência da segunda coisa julgada sobre a primeira: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, vol. V, p. 111; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed., t. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 214; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Memórias de um processualista*. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 98-116.

liquidação particular, em seu prol, do julgado coletivo, ainda que já tenha obtido decisão definitiva de improcedência anterior em demanda individual antes ajuizada, desde que, por certo, não tenha tido, no seu processo singular, a tempo de decidir pela suspensão ou pela continuidade deste, ciência do ajuizamento da demanda coletiva abarcante também, em seu espectro, do interesse particular.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Jurisdição constitucional e a tutela dos direitos metaindiduais*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, vol. V.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. vol. 2.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 2, t. III.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. vol. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Reus (S.A.), 1925. t. II.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. vol. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; e ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. vol. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. vol. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Memórias de um processualista*. São Paulo: Malheiros, 2021

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Capítulo IV: Da coisa julgada (Comentários aos arts. 103 e 104). In: GRINOVER, Ada Pelegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ªed. São Paulo: RT, 2005.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; DIDIER JÚNIOR, Fredie; e BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. vol. 2.

SCHÜTZ, Vanessa Casarin. *O princípio da isonomia e o conflito entre sentenças coletivas e individuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória - Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2002.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo (Repro)*, n. 67. São Paulo: RT, 1992 (jul./set.).
ZANETTI JÚNIOR, Hermes; e DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021. vol. 4.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.

O TERCEIRO SETOR ENQUANTO AUXILIAR DO ESTADO NA GESTÃO DE ATOS INFRACIONAIS

BOTASSO, Alexandra Moro Caricilli[1]

A introdução do princípio da participação e a elevação da sociedade como corresponsável por assegurar direitos fundamentais de crianças e adolescentes pela Constituição Cidadã propiciou o envolvimento da sociedade civil organizada na elaboração e efetivação de políticas públicas voltadas a essa população, consolidando manifestações efetivamente democráticas. Impulsionado por diversos fatores que ensejaram a ausência e a ineficiência do Estado em atender às necessidades infanto-adolescentes, o Terceiro Setor passa a ocupar esses vazios e, ao lado do Estado, oferece serviços para implementação da cidadania e solidariedade. Diante de tal panorama, a investigação foi movida pelo questionamento acerca da participação do Terceiro Setor na implementação da Justiça Restaurativa como mecanismo de enfrentamento de atos infracionais. Assim, estabeleceu-se como objetivo geral a análise da contribuição do Terceiro Setor para a gestão de atos infracionais e, como objetivos específicos, a análise de sua atuação na implementação da Justiça Restaurativa e de seu alcance na aplicação da legislação, segundo a lente restaurativa. Para alcançar tais objetivos, realizou-se pesquisa exploratória em sete entidades atuantes no Brasil, amparando-se a investigação em literatura especializada e documentação específica. A pesquisa possui por premissas as correlações entre necessidades negligenciadas e violência defendida por Maslow (1943) e por Amartya Sen (2011). Sob o norte da justiça realizável de Sen (2011), verificou-se que o Terceiro Setor foi responsável pela capacitação em JR e por sua implementação, além da criação de fluxos diferenciados e extrajudiciais no enfrentamento de atos infracionais. Os resultados demonstram a contribuição do Terceiro Setor na efetivação da proteção integral.

Palavras-chaves: Terceiro Setor. Direito Infracional. Justiça Restaurativa. Princípio da Participação. Proteção Integral

Agradecimentos: à UNIARA que, por meio de seu corpo docente, delineou o caminho da pesquisa e despertou o interesse por ela; à minha orientadora, Aline O. F. Fernandes, pelo norte e inspiração.

[1] Mestra em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Araraquara. alexandrabotasso@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as notáveis transformações incutidas pela Constituição Federal de 1988 que resvalam na proteção dos direitos de crianças e adolescentes, para além da viragem paradigmática, destaca-se o norteamento principiológico à participação, o qual fomenta o envolvimento da sociedade civil em variadas instâncias governamentais e arranjos institucionais, impulsionando o exercício democrático por meio da interlocução com o Estado, seja na elaboração ou na implementação de políticas públicas, dentre outras participações igualmente relevantes.

De um modo geral, é possível afirmar que a sociedade civil organizada surge para suprir espaços vacantes, vazios que deveriam ser idealmente preenchidos pelo Estado brasileiro e, diante da inércia ou da incapacidade de ocupar tais espaços e ir ao encontro das necessidades da população, esta se estrutura de maneira a contornar entraves e instituir os serviços fundamentais para o próprio desenvolvimento.

Especialmente no âmbito da proteção da infância e da adolescência, tais serviços foram, a princípio, realizados por entidades religiosas e, especialmente depois da chamada reforma administrativa, por meio de Associações, Organizações Não-Governamentais e Fundações de direito privado, passando o chamado Terceiro Setor a figurar como colaborador – e muitas vezes protagonista – na execução de políticas públicas. É através dessas iniciativas da sociedade civil que passos importantes vêm sendo dados no sentido de se trazer para a realidade o "dever ser" previsto para os adolescentes no microssistema infracional brasileiro, que estratégias restaurativas vêm sendo pensadas e executadas de maneira a serem criadas oportunidades sociais tendentes a efetivar o desenvolvimento dessa população jovem que, na esteira do pensamento de Amartya Sen (2011), poderá influenciar inclusive o desenvolvimento econômico do país.

Assim, harmonizando-se ao artigo 227 da CF/88, o Terceiro Setor potencializa sua atuação a partir da década de noventa com o objetivo de perfazer um contraponto à burocracia estatal, à ineficiência dos serviços oferecidos e à incapacidade de atingir integralmente a população brasileira, trazendo como grande promessa a transformação do espaço público e, em uma perspectiva menos saudosista e idealizada do que a apresentada por Falconer (1999), a implementação da cidadania e da solidariedade.

Diante desse cenário, a presente pesquisa foi movida pelo questionamento quanto à participação do Terceiro Setor, como instrumento do Estado brasileiro, para a efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, em especial no tocante a ações dirigidas à gestão de conflitos envolvendo atos infracionais e de todo o ciclo de violência deles proveniente por meio da prática restaurativa. Assim, delimitou-se como objetivo geral analisar a contribuição do Terceiro Setor para a gestão desses conflitos por meio de ações capazes de materializar os dizeres imperativos e principiológicos do microssistema infracional, mormente a dignidade, a prevenção e a proteção integral dessas pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

A fim de materializar o objetivo geral, foram perseguidos os seguintes objetivos específicos: a) analisar a atuação do Terceiro Setor na implementação da Justiça Restaurativa como meio de promoção social e na concretização do princípio da eficiência nas ações estatais voltadas ao tratamento dos conflitos que envolvam atos infracionais; b) investigar o alcance do Terceiro Setor na aplicação da legislação infantojuvenil, segundo a ótica restaurativa, através de sua colaboração na gestão e prevenção de conflitos relacionados a atos infracionais.

Para atingir o intento estabelecido, amparando-se em literatura especializada e em documentos disponibilizados por essas instituições, foi realizada uma investigação exploratória em sete entidades do Terceiro Setor atuantes em solo pátrio cuja proposta seja a aplicação da lente restaurativa na prevenção ou enfrentamento de atos infracionais.

Importante ressaltar que a investigação foi atravessada pelo pressuposto de que há conexão entre a insatisfação de necessidades essenciais para o desenvolvimento sadio do adolescente e a resposta violenta deste contra a sociedade, por meio de atos infracionais. Essa premissa se baseia tanto nos estudos Abraham H. Maslow (1943) como nas correlações entre uma injustiça remediável e transgressões de comportamento de Amartya Sen (2011), além dos próprios fundamentos da Justiça Restaurativa que consideram aquele que causou dano como alguém cujas necessidades tampouco foram atendidas. Contudo, ao adotar a presente pressuposição, não se infere que o não atendimento de necessidades seja o único fator justificante da violência perpetrada por adolescentes e do envolvimento deles com infrações; porém, por considerá-lo relevante para as investigações, tem-se nele o ponto de partida.

2 O DESENVOLVIMENTO DO TERCEIRO SETOR NO CENÁRIO BRASILEIRO

Atentando-se à multiplicidade de formas e agrupamentos que podem ser abarcados pela expressão Terceiro Setor, como bem apontado por Simone de Castro Tavares Coelho (2000), importa destacar que a presente investigação restringiu o uso do termo às entidades e grupos que, não pertencendo à estrutura organizacional do Estado (Primeiro Setor) ou ao Mercado (Segundo Setor), mas permeando um e outro sem, contudo, ajustar-se a qualquer deles, voltam suas atividades às necessidades sociais mais diversas (COELHO, 2000), ou seja, possuem finalidades direcionadas à utilidade pública.

Assim, o espectro abrangido pela pesquisa se resume às entidades autogovernadas e que atuam de maneira independente do Estado e do Mercado, o que não impede a realização de parcerias com os demais setores e o recebimento de investimento deles (OLIVEIRA, 2005). Em síntese, os aspectos nevrálgicos que orientam a delimitação do que se entende por Terceiro Setor para a presente análise são: a) personalidade jurídica de direito privado; b) ausência de fins lucrativos; c) execução de atividades voltadas ao atendimento de necessidades sociais.

À luz da perspectiva de justiça de Amartya Sen (2011) quanto à relação entre liberdade e desenvolvimento, analisou-se a contribuição do Terceiro Setor, segundo tal delimitação, para o acesso dos adolescentes infratores às oportunidades de desenvolvimento e inserção cidadã na comunidade por meio da materialização do princípio da proteção integral via implementação de uma lente restaurativa no olhar direcionado ao ato infracional.

A fim de melhor compreender o estágio atual do envolvimento da sociedade civil com serviços antes realizados com exclusividade pelo Estado cumpre fazer uma breve digressão ao seu surgimento e desenvolvimento no Brasil.

À esteira do que ocorria no cenário internacional, o Terceiro Setor no Brasil também tem suas raízes nos movimentos ligados à caridade e filantropia próprios de instituições religiosas, com destaque à Igreja Católica, cujas principais ações se voltavam às necessidades individuais e sociais básicas ligadas à saúde, à alimentação e à educação (FERNANDES, 2020). Contudo, sua difusão e desenvolvimento ao longo do tempo contou com diversos fatores que permitiram a consolidação das associações civis no Brasil, dentre os quais se destacam a influência exercida pelas políticas governamentais adotadas por líderes como Ronald Reagan e Margaret Thatcher, as quais, tendo por objetivo a desoneração governamental, passaram a apoiar ações comunitárias (SALAMON, 1998); a suplementação dessas iniciativas por

instituições internacionais e multilaterais que tornaram possível a atuação dessas associações inclusive por meio de financiamentos (FALCONER, 1999).

No que se refere ao direcionamento de atuação, o Terceiro Setor brasileiro foi fundamentalmente moldado pelo cenário político e econômico que se desenvolveu a partir da década de 70: dentre as consequências advindas do período ditatorial, destaca-se o aprofundamento da desigualdade na distribuição de renda. Tal desigualdade é reconhecida característica brasileira e se reflete no índice de desenvolvimento humano até a presente data. Em divulgação mais recente do Relatório de Desenvolvimento Humano da Organização das Nações Unidas (ONU), que publicizou a pesquisa elaborada em 2019 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), o Brasil se classifica em 84º, figurando entre os piores IDHs dos 189 países analisados. Tal cenário, aliado à necessidade dos serviços socioassistenciais, levou à eclosão de movimentos reivindicadores dos serviços de saúde, educação, moradia, além da discussão sobre políticas públicas e, ante a ineficácia estatal, indivíduos e comunidades se organizaram para suprir essa ausência do Estado (COSTA JÚNIOR, 1998).

A incorporação dos direitos sociais pela lei fundamental brasileira veio por demandar do Estado maior atuação e, consequentemente, maior investimento. Mesmo não tendo adotado exatamente o *welfare state* tal como alguns dos países mais desenvolvidos, é certo que o Brasil centralizou a prestação dos serviços voltados ao atendimento desses direitos no próprio Governo. Os resultados apresentados por esse modelo são caracterizados pela ineficiência dos serviços oferecidos, burocracia e incapacidade de atingir toda a população do país.

O aumento populacional específico nas cidades, a complexidade que se verifica na organização social hodierna e a diversidade das carências e demandas que daí surgem pressionaram o Estado brasileiro a encontrar uma solução e esta tomou por norte o incentivo à cidadania.

Diante desse cenário, o Estado brasileiro passa a buscar eficiência e assume o novo papel de responsável primário pelo desenvolvimento da sociedade, permitindo a realização de parcerias com a iniciativa privada e a sociedade civil, com quem divide suas responsabilidades e que, por sua vez, executam diretamente as ações voltadas à satisfação das necessidades coletivas, de maneira segmentada e focalizada (OLIVEIRA, 2005).

Após o advento da CF/88, o Brasil passou a regulamentar a abertura estatal para a formalização de parcerias com o Terceiro Setor e a inserção deste enquanto colaborador tanto na elaboração de políticas públicas como na execução de serviços sociais, podendo-se citar como marcos a Lei Federal n. 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social), a Lei n. 9.637/98 (que qualifica as entidades como Organizações Sociais) e a Lei 9.790/99 (que qualifica pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público). Se, por um lado, tais diplomas inauguraram o incentivo a projetos caracterizados pela articulação e participação não apenas de diversos setores governamentais, mas também dos não governamentais e da sociedade civil, e estabeleceram os parâmetros e configurações para que entidades do Terceiro Setor pudessem ser reconhecidas enquanto Organizações Sociais ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e, assim, formalizar contratos de gestão com o Poder Público, por outro, tinham por características a previsão de procedimentos burocráticos e discricionários que acabavam por dificultar o repasse das verbas públicas (FERNANDES, 2020).

Com a promulgação da Lei 13.019, em 31 de julho de 2014, um novo marco regulatório foi estabelecido para organizar essas parcerias e, utilizando a nomenclatura adotada pelo diploma legal, as organizações da sociedade civil. Segundo o artigo 2º, inciso I, é considerada uma organização da sociedade civil a

> entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva (BRASIL, 2014, art. 2º).

O novo diploma se destaca por ampliar os modelos de pessoas jurídicas que podem formalmente colaborar com o Estado, por estabelecer as modalidades de colaboração, com ou sem transferência de recursos, e por proporcionar maior transparência em relação aos vínculos contratuais, principalmente após a implementação da Lei 13.204/2015, afastando vários dos problemas atribuídos aos diplomas anteriores (MENDONÇA; FALCÃO, 2016).

Essas parcerias entre o setor público e o Terceiro Setor partem de uma decisão pragmática e conveniente para o primeiro, o que não desmerece a capacidade do segundo de

ser, muitas vezes, mais flexível, eficiente e barato (FALCÃO, 2004 apud VIOLIN, 2006). Ademais, há evidências de que a maleabilidade própria das organizações privadas propicia a execução de serviços ou o fornecimento de bens para os quais o Segundo Setor não demonstra interesse em razão da ausência de proveito econômico e que o Estado, por sua vez, se vê impossibilitado de realizar, seja por uma restrição orçamentária, seja por uma incapacidade ou incompetência administrativa (COSTA JÚNIOR, 1998).

Contudo, apesar da evidente evolução carreada pelo novo marco regulatório, é importante consignar que os desafios ao Terceiro Setor persistem, alguns novos e outros já velhos conhecidos. Angela Maria Aguiar (2012) aponta que a dependência de recursos financeiros governamentais e de agências internacionais para custear os trabalhos, a escassez de profissionais adequadamente capacitados e os desafios na interlocução com o Estado representam obstáculos para a sustentabilidade de manutenção dos serviços e atendimentos e, consequentemente, da eficiência e eficácia das ações promovidas[2]. A suscetibilidade ao cenário político nacional, que pode tanto fomentar avanços como impor retrocessos, também possui o condão de interferir no funcionamento das OSCs que não se alinhem às ideologias disseminadas por aqueles que estejam no poder (MENDONÇA, FALCÃO; 2016).

Mas, a despeito de tais desafios, é preciso reconhecer que o impacto produzido pela parceria entre os setores é potencialmente significativo, pois, para firmar as parcerias, é necessário que as OSCs interessadas apresentem não apenas um diagnóstico da realidade que pretendem transformar, mas que também apresentem as ações a serem tomadas, demonstrem a viabilidade, custos e demais elementos que evidenciem a factibilidade e eficiência de suas propostas. Ademais, como se demonstra na próxima sessão, essas parcerias são responsáveis por prover e internalizar no Estado os conhecimentos especializados das organizações privadas, além de ampliar a legitimidade da política pública (MENDONÇA; FALCÃO, 2016).

É importante destacar que a análise das potencialidades do Terceiro Setor para a eficiência dos serviços de utilidade pública via parcerias traz como pressuposto a perspectiva de melhoria no atendimento às necessidades sociais básicas e na remoção de injustiças remediáveis e que até o presente momento não foram remediadas pelo Estado. Trata-se de

[2] Nesse sentido, Lopes e Abreu (2014 apud MENDONÇA; FALCÃO, 2016) apontam que a instabilidade nos quadros das OSCs, em razão das dificuldades em angariar recursos para contratação e manutenção de funcionários, refletem negativamente na eficiência do Estado, este estaria em desvantagem nos casos em que a totalidade ou grande parte de uma política fosse delegada, pois perderia expertise e correria o risco de descontinuidade.

premissa que se afina à teoria de Justiça de Amartya Sen (2011), empenhada na identificação e enfrentamento de injustiças intoleráveis, mas minoráveis, e não na busca de soluções de natureza perfeita, realizadas por instituições perfeitas (*niti*). Assim, as organizações da sociedade civil são analisadas quanto a essa capacidade de implementar os direitos fundamentais descritos na legislação pátria, segundo o que Sen (2011) classifica como *nyaya*, ou seja, de acordo com uma justiça realizável, segundo as características e possibilidades próprias da sociedade brasileira.

Sob essa perspectiva, as fragilidades apontadas por Aguiar (2012) e por Mendonça e Falcão (2016), embora consubstanciem pontos a serem desenvolvidos e superados no geral pelo setor, são também coerentes ao próprio contexto em que se inserem, qual seja, o de um país subdesenvolvido e cuja democracia ainda engatinha. As instituições estão condicionadas aos valores, às prioridades e ao uso que determinada sociedade faz das oportunidades de articulação e participação disponíveis (SEN, 2010). Dessa maneira, a sociedade civil organizada brasileira, não obstante se diferencie da rigidez do Estado, é formada por pessoas que também se encontram submetidas a uma histórica violação de direitos e em processo de construção do exercício da cidadania e isso também se reflete nas culturas institucionais.

Assim, não se trata de apontar o Terceiro Setor enquanto solução e modelo que o Estado deveria seguir, mas de enxergar nele uma via auxiliar para implementação de uma visão restaurativa à gestão dos conflitos que envolvem adolescentes infratores e que pode potencialmente materializar, no caso da presente pesquisa, o princípio da proteção integral. Trata-se de utilizar ferramentas já disponíveis no lugar de apenas esperar e demandar um Estado ideal, que dificilmente surgirá. Ademais, a própria parceria com o Terceiro Setor vem se mostrando como o estopim das mudanças e implementações há muito adiadas, pois, conforme demonstram os dados levantados na próxima seção, ele vem contribuindo para a concretização de instrumentos e valores democráticos.

Dessa feita, não se desprezam as preocupações quanto à interação entre Estado e Terceiro Setor, em especial quando há destinação de verbas públicas, notadamente porque a lente que dirige a abordagem do presente estudo se ampara em concepção focada em

realizações[3], concentrando-se no comportamento real das pessoas e sem supor que todas sigam o comportamento ideal. Não obstante, segundo pontua Amartya Sen (2011, posição 114),

> As instituições entram nos cálculos de muitas formas diferentes. Elas podem contribuir diretamente para a vida que as pessoas são capazes de levar de acordo com o que têm razão para valorizar. As instituições também podem ser importantes para facilitar nossa capacidade de examinar minuciosamente os valores e as prioridades que podemos considerar, sobretudo por meio de oportunidades para o debate público (incluindo considerações da liberdade de expressão e do direito à informação, bem como a existência de locais para o debate informado).

Ao se inserir o raciocínio do citado autor a respeito do elo entre instituições e justiça, importa também destacar a relação que ele faz quanto à contribuição das instituições para o desenvolvimento humano por meio da ampliação das capacidades (*capabilities*). Sen (2010) classifica como capacidade a liberdade substantiva de uma pessoa em realizar combinações alternativas de funcionamentos, de maneira que a obtenção de estilos de vida diversos sejam factíveis. Embora algumas das capacidades possam ser realizadas por meio das próprias ações do indivíduo (controle direto), o autor conclui que muitas delas somente podem ser alcançadas por meio da ajuda dos outros, ou seja, pelo controle indireto (2011). Neste controle se mostra a responsabilidade primordial do Estado, via elaboração e consecução de políticas públicas, e a capacidade do Terceiro Setor para, em colaboração ao Primeiro, contribuir para o desenvolvimento humano.

> Os indivíduos vivem e atuam em um mundo de instituições. Nossas oportunidades e perspectivas dependem crucialmente das instituições que existem e do modo como elas funcionam. Não só as instituições contribuem para a nossas liberdades, como também seus papéis podem ser sensivelmente avaliados à luz de suas contribuições para a nossa liberdade. Ver o desenvolvimento como liberdade nos dá uma perspectiva na qual a avaliação institucional pode ocorrer sistematicamente (SEN, 2010, p. 94).

Feitas essas considerações, é evidente que mesmo refletindo os esforços empregados na reforma administrativa, o MROSC também traz resquícios e desafios inerentes ao contexto político e cultural da sociedade brasileira, afinal, legislações e instituições ecoam situações e condições vivenciadas pela sociedade como um todo. No entanto, o Terceiro Setor, por ser essencialmente privado e despido da rigidez hermética do setor público – não obstante tenha de

[3] Amartya Sen (2011) cita como contraposição o institucionalismo transcendental, defendido por Rawls e que se concentra em acertar as instituições segundo um padrão de justiça ideal.

obedecer aos princípios aos quais se submete a Administração –, é capaz de inserir expertise e eficiência na execução de serviços de interesse social porque também está alinhado a uma mentalidade maleável e progressista.

3 A INTERAÇÃO COM ADOLESCENTES INFRATORES E A CONTRIBUIÇÃO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Direcionando-se o foco da análise ao envolvimento das organizações do Terceiro Setor na seara infanto-adolescente, verifica-se que o início ocorreu igualmente por meio de entidades religiosas, notadamente católicas, no acolhimento e cuidado de crianças abandonadas nas chamadas "Rodas dos Expostos" e na prestação de auxílio à saúde das famílias menos favorecidas. A propagação de entidades e associações do chamado "setor público não-estatal" voltadas à infância e à adolescência na década de 80 também sobreveio em virtude da retração do Estado brasileiro e das circunstâncias que nortearam o crescimento do setor em outras áreas, contudo, a particularidade é que, diante da situação a que essa população específica estava exposta, os esforços empregados foram no sentido de prover assistência alternativa àquela realizada pelo Estado ou voltados a denunciar omissões e transgressões estatais aos direitos das crianças e dos adolescentes (COÊLHO *et al,* 2010).

Esse movimento protagonizado pelo Terceiro Setor brasileiro acompanha o direcionamento tomado pelas organizações no cenário internacional, as quais procuravam contribuir para a ampliação do alcance concreto dos direitos humanos já reconhecidos, a exemplo do *Human Rights Watch*, a Anistia Internacional, Médicos Sem Fronteiras, *Save the Children*, Cruz Vermelha e *ActionAid* (SEN, 2011).

Como se pode observar nas linhas a seguir, duas das entidades do Terceiro Setor analisadas nesta pesquisa tiveram sua origem no seio de igrejas cristãs e, ainda que de início a atuação não estivesse voltada exclusivamente aos direitos da criança e do adolescente, o envolvimento com a defesa dos direitos humanos naturalmente oportunizou a expansão das atividades e inclusão dessa seara.

Importante ressaltar que grupos de pressão como o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua e o Fórum Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente tiveram considerável contribuição para a inclusão da sociedade como corresponsável por assegurar os direitos fundamentais elencados na CF/88 (COÊLHO *et al*, 2020), criando, assim,

oportunidade para que organizações civis pudessem se consolidar enquanto auxiliares do Estado na consecução de políticas públicas e da execução da legislação infanto-adolescente. Com efeito, o advento do ECA, em 1990, solidificou a importância da participação do Terceiro Setor tanto na elaboração (art. 88) quanto na execução de políticas públicas (a exemplo dos artigos 86, 90 e 91).

A previsão legal para a cooperação entre Primeiro e Terceiro Setores não se resume apenas à esfera preventiva: a promulgação do Sinase em 2012 trouxe consigo a possibilidade de que entidades não governamentais pudessem não somente integrar o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, instalando unidades de atendimento para cumprimento de medidas socioeducativas impostas, como também serem destinatárias de recursos públicos para exercerem essas atividades (artigos 1º, §5º, e 32, do citado diploma legal).

Assim, embora o Terceiro Setor voltado ao atendimento de crianças e adolescentes partilhe de diversas semelhanças quanto ao surgimento e desenvolvimento no Brasil com aquele dedicado a outros interesses sociais, seu estabelecimento e regulamentação legal ao lado do Estado para a consecução de ações sociais às crianças e adolescentes ocorreu de maneira mais notória.

No Brasil, a perspectiva sobre a qual se construiu a legislação e a condução dos conflitos envolvendo atos infracionais é eminentemente punitivista, mesmo após a introdução do paradigma da proteção integral. Em que pese o direcionamento conferido pelo microssistema infracional quanto à abordagem do ato infracional consoante o estágio peculiar de desenvolvimento humano e a inclusão da lente restaurativa na gestão dessas violações, persiste ainda a tendência à solução pela criminalização e pela judicialização dos conflitos envolvendo adolescentes. Esse é o enfoque tradicional conferido pelo Estado.

Em paralelo, as OSCs passaram a atuar justamente com o fito de suprir omissões nos eixos da educação, da saúde, do esporte, da cultura e do lazer e, mais recentemente, na implementação da lente restaurativa na abordagem dos conflitos envolvendo crianças e adolescentes, proporcionando não apenas um tratamento constitucionalmente conforme, mas também oportunidades de desjudicialização e de prevenção de violências.

Assim, com o intento de alcançar os objetivos propostos e investigar a contribuição do Terceiro Setor para a implementação da lente restaurativa no enfrentamento de atos infracionais e consequente materialização da proteção integral, foram selecionadas sete OSCs de origem

nacional e estrangeira, mas com atuação em solo pátrio, cujas propostas de trabalho envolvam a Justiça Restaurativa.

A fim de se estabelecer parâmetros objetivos à investigação, fez-se uma a comparação entre a atuação estatal centralizada tradicional e a atuação via cooperação/colaboração de entidades do Terceiro Setor na implementação do princípio da proteção integral e utilização da Justiça Restaurativa. As investigações também tiveram por fundamento e norte uma visão de justiça realizável (SEN, 2011), ou seja, o estudo não parte do pressuposto de que as entidades do Terceiro Setor surgem como organizações plenamente justas (*niti*) e capazes de implementar prontamente aquilo que o Estado brasileiro ainda não conseguiu, mas verifica se elas vêm sendo capazes de suprimir situações intoleráveis (*nyaya*) de inaplicação da proteção integral.

Após pesquisa exploratória em literatura especializada e em documentação disponibilizada pelas próprias instituições em sítios da internet, procedeu-se à análise das informações angariadas das seguintes entidades: *Terre des Hommes International Federation* (TDHIF), Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP), Instituto de Transformação Social Pilar, Instituto Mundo Aflora, Centro de Criação de Imagem Popular (CECIP) e Associação Cristã de Moços do Rio Grande do Sul (ACM).

Analisando a participação de tais organizações no tocante à implementação da JR, verificou-se que a atuação se divide entre treinamento de profissionais que trabalham junto a crianças e adolescentes e aplicação propriamente dita da JR nos processos infracionais e de execução de medida socioeducativa e, também, no ambiente escolar como forma de prevenção à violência. Abaixo, apresentam-se as principais ações desenvolvidas em parceria com órgãos públicos pelas OSCs analisadas:

3.1 Terre des Hommes International Federation

Embora possua origem suíça, a TDHIF atua em parceria não apenas ao Estado brasileiro (nas figuras do Ministério Público, do Poder Judiciário, dos Governos dos Estados e Prefeituras), mas em conjunto com outras entidades do Terceiro Setor brasileiro, tais como a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e o Instituto da Infância (IFAN) e, portanto, é a organização que possui maior capilarização no Brasil. Os cursos de formação são voltados não apenas aos servidores

do Judiciário, do Ministério Público e do sistema socioeducativo, mas também a professores, gestores e alunos de escolas municipais com o objetivo de prevenir situações de violência escolar e de atos infracionais nesse ambiente. Entre outros trabalhos realizados, sobressai a parceria desenvolvida no Maranhão, oportunidade em que, segundo Simone Matos Rios Pinto (2017), envolveu-se o Tribunal de Justiça do Estado, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Município e escolas municipais, tendo por objeto a capacitação de servidores públicos em práticas circulares. A autora informa que, como resultado, foi criado novo fluxo para a Vara de Infância e Juventude, segundo o qual os adolescentes que receberiam medida de advertência são encaminhados para a realização de círculos restaurativos, podendo, ao final do processo, obter remissão.

3.2 Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul

A AJURIS é considerada o berço da Justiça Restaurativa no Brasil e, segundo notícia divulgada no sítio eletrônico da entidade (AJURIS, 2018), auxiliou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na implementação do Núcleo de Estudos de Justiça Restaurativa da Escola Superior da Magistratura, que institucionalizou a iniciativa e se tornou pioneira na aplicação de práticas restaurativas, além de ter sido essencial para o conveniamento e execução de recursos financeiros para as primeiras capacitações, construção, fomento e incentivo da cultura restaurativa no Estado e no Brasil. A associação foi responsável pela criação de um fluxo procedimental que permitiu a estruturação da JR como um processo de base institucional articulado em rede, de maneira tal que houvesse uma tentativa de resolução por meio de práticas restaurativas, especialmente nas infrações consideradas de menor potencial ofensivo, e, somente na impossibilidade de aplicação dessa via, a solução seria através do modelo tradicional, ou seja, da judicialização do conflito (CANFIELD, 2017).

As ações e formações decorrentes dessas parcerias produziram frutos significativos: em reportagem publicada pelo jornal Pioneiro, após um ano da implementação de práticas restaurativas na Escola Estadual Érico Veríssimo em Caxias do Sul/RS, verificou-se a diminuição de casos de indisciplina e *bullying* em 68% e 75%, respectivamente (DUARTE, 2019).

3.3 Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo

O CDHEP é organização vinculada à Igreja Católica e empreende ações em prol da defesa de direitos sociais, tendo por objetivo a promoção de estratégias de formação, articulação, comunicação e incidência em políticas públicas para prevenir e superar violências na periferia de Campo Limpo, pautando-se na materialização dos direitos humanos via educação popular e pela visão restaurativa de justiça. Dentre os principais projetos desenvolvidos estão o Novas Metodologias de Justiça Restaurativa com Adolescentes e Jovens em Conflito com a Lei, o Tecendo Redes de Cuidado e o Jovens Facilitadores de Justiça Restaurativa, nos quais as principais atividades foram de sensibilização da comunidade, articulação da rede socioassistencial e capacitação de servidores públicos em JR. Em seu sítio oficial, a OSC apresenta alguns entraves e resultados no desenvolvimento de seus trabalhos: a desestruturação da rede de proteção e demissão ou transferência dos servidores outrora capacitados nas metodologias restaurativas figura como principal impedimento para o alcance total dos objetivos propostos, no entanto, houve contribuição para a responsabilização dos adolescentes envolvidos com atos infracionais e para a reparação do dano, quando o assunto foi abordado e adequadamente trabalhado nos casos, e para efetivação de mudanças positivas nas relações familiares (CDHEP, 2014).

3.4 Instituto de Transformação Social Pilar e Instituto Mundo Aflora

Institutos como o Transformação Social Pilar e o Mundo Aflora desenvolvem, respectivamente, projetos de formação em JR, grupos de estudo e aplicação de Justiça Restaurativa Comunitária voltada a adolescentes infratores; e de práticas restaurativas para consciência de trauma e construção de resiliência junto a meninas que estejam em cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado, realizando, inclusive, pontes entre as adolescentes e oportunidades de profissionalização e de trabalho.

3.5 Centro de Criação de Imagem Popular

Das contribuições apresentadas pelo CECIP está a implantação de práticas restaurativas em dez escolas públicas situadas na região de Heliópolis, recebendo para tanto financiamento do Fundo Nacional de Desenvolvimento e do Ministério da Educação e Cultura (BONINI; CANDIDO, 2013). O projeto buscou capacitar funcionários de escolas, servidores

do Poder Judiciário e representantes das comunidades, de maneira a desjudicializar os conflitos escolares por meio da realização de práticas restaurativas, contando apenas com a intervenção do Ministério Público. Os resultados dessa parceria foram divulgados no I Congresso Mundial de Justiça Juvenil Restaurativa (MUMME; PENIDO, 2009): ao todo, foram atingidas 42 escolas da rede pública; 292 pessoas foram capacitadas para atuarem enquanto facilitadores de círculos restaurativos, das quais 239 representam lideranças escolares e comunitárias; as práticas restaurativas foram incorporadas aos procedimentos infantojuvenis na Vara especializada de São Paulo; e foi criado um Comitê Permanente de Acompanhamento, com representantes do Sistema Educacional, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

3.6 Associação Cristã de Moços do Rio Grande do Sul

Por fim, a ACM, associação ligada à Igreja Presbiteriana, tem por projeto de destaque o "Justiça Restaurativa nas Comunidades", desenvolvido nas regiões de Cruzeiro e Restinga no ano de 2010, e o incluído no Programa Justiça para o Século 21, desenvolvido junto ao município de Porto Alegre para atender adolescentes para os quais tenha sido imposta medida socioeducativa em meio aberto. Os resultados do projeto são apresentados em pesquisa desenvolvida por Aguiar (2012), na qual demonstra que houve efetiva implementação das Centrais de Práticas Restaurativas nas duas regiões abrangidas, gerando a mobilização de escolas públicas e privadas, ficando evidenciada a eficácia da colaboração entre os setores. No quesito efetividade, a autora aponta que houve envolvimento das partes interessadas, transformação das pessoas, comunidade e governo.

Como é possível observar das informações alcançadas pela pesquisa, em geral, essa colaboração entre OSC e Estado se concentra na capacitação em práticas restaurativas de profissionais que trabalham com crianças e adolescentes, abrangendo o ambiente escolar, judicial e da rede socioassistencial. Muitas vezes os próprios adolescentes e representantes ou lideranças das comunidades locais também participam das formações em Justiça Restaurativa, tornando-se mantenedores e multiplicadores do conhecimento. Dessa feita, a colaboração do Terceiro Setor envolve as comunidades como um todo, propagando a emancipação, a responsabilidade compartilhada para a resolução dos conflitos e a criação de oportunidades de

escolhas substantivas a todos os envolvidos. Trata-se de um movimento que ao mesmo tempo se contrapõe à assunção de uma posição assistencialista, anteriormente conferida ao "Estado-babá" (SEN, 2010), e demonstra a realização do princípio da solidariedade, contribuindo também para a liberdade individual por meio do desenvolvimento humano.

> O que o desenvolvimento humano faz? A criação de oportunidades sociais contribui diretamente para a expansão das capacidades humanas e da qualidade de vida (como já exposto). A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para a qualidade de vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis da duração e qualidade de vida de toda a população (SEN, 2010, p. 178)

Ademais, conforme demonstram os dados trazidos, mesmo quando as práticas restaurativas são protagonizadas pelos servidores do Poder Judiciário, a realização delas somente pôde ser viabilizada com os cursos de formação providenciados por meio da cooperação do Terceiro Setor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta desta pesquisa foi analisar a participação do Terceiro Setor, enquanto instrumento do Estado brasileiro, no tratamento dos atos infracionais e mitigação da violência por meio da implantação da Justiça Restaurativa na gestão desses conflitos, inclusive como forma de efetivação do princípio da proteção integral. Para tanto, foram estabelecidos como objetivos específicos examinar a atuação da sociedade civil organizada para a implementação da JR como meio de promoção social e tratamento de atos infracionais e investigar o alcance da colaboração do Terceiro Setor para a gestão desses conflitos e prevenção da violência. A fim de alcançá-los, conduziu-se uma investigação bibliográfica e documental que proporcionou fundamentação teórica e dados qualitativos para a pesquisa.

Diante disso, a investigação foi direcionada a verificar a contribuição de entidades do Terceiro Setor para a implementação da Justiça Restaurativa nesses conflitos. Para tanto, buscou-se na literatura especializada como ocorreu o desenvolvimento da sociedade civil organizada no Brasil e, à luz da perspectiva de Amartya Sen (2011) quanto à relação entre

desenvolvimento e liberdade, como se dirigiu seu envolvimento para a realização de políticas socioassistenciais para crianças e adolescentes e, consequentemente, para a materialização do princípio da proteção integral via implementação da lente restaurativa. Por ser ampla a gama de entidades privadas, sem fins lucrativos, que se enquadram na definição de Terceiro Setor, por questões metodológicas, a pesquisa se restringiu àquelas juridicamente constituídas e que possuem finalidades voltadas à utilidade pública, em especial aos serviços direcionados à infância e à adolescência.

Verificou-se que, impulsionado pela crescente desigualdade social e pela incapacidade do Estado em prover serviços socioassistenciais, o Terceiro Setor se desenvolveu no Brasil a partir da conjuntura de esforços entre mobilizações protagonizadas principalmente pela Igreja Católica e pela atuação de entidades internacionais com vistas a suprir direitos sociais mínimos e efetivar serviços sociais. O advento da Constituição Federal de 1988 inseriu no ordenamento o princípio democrático, elevando o Terceiro Setor à condição de auxiliar na consecução de serviços dirigidos às necessidades sociais.

Inicialmente conhecidas sob a denominação de Organizações Não-Governamentais, as nomenclaturas conferidas ao Terceiro Setor e os requisitos para reconhecimento como tal foram se modificando conforme evolução legislativa, até que, em 2014, o novo marco regulatório consubstanciado na Lei 13.019 estabeleceu a denominação Organização da Sociedade Civil. O novo marco legal trouxe dispositivos que conferem maior transparência, segurança e controle dos recursos públicos empregados nas parcerias com a sociedade civil organizada ao mesmo tempo em que viabiliza essa colaboração e simplifica o processo.

Analisando especificamente a colaboração entre Estado e Terceiro Setor na seara infracional, verificou-se que sua gênese está igualmente associada às comunidades religiosas e sua expansão foi acompanhada pela legislação específica, que conferiu abertura para a colaboração na elaboração de políticas públicas, na prevenção da violência e do envolvimento com atos infracionais. Da análise da documentação e da literatura amealhada, constatou-se que as OSCs são peças fundamentais para a implementação da Justiça Restaurativa na gestão dos conflitos envolvendo atos infracionais, tanto na esfera preventiva – atuando no desenvolvimento de uma cultura de paz nas escolas – como no cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto e fechado.

Essa constatação restou demonstrada pelo estudo trazido na segunda seção deste artigo, no qual se relatou as análises efetuadas com sete entidades do Terceiro Setor cujas parcerias com o Estado exemplificam a maneira como ocorre a contribuição para a implementação do paradigma da proteção integral, viabilizado pela utilização da lente restaurativa aos atos infracionais.

A investigação demonstrou que o Terceiro Setor figurou como sujeito essencial para a capacitação em práticas restaurativas de profissionais que trabalham com adolescentes, abrangendo o ambiente escolar, judicial e a rede socioassistencial. Dentre feitos mais relevantes está a capacitação de servidores e funcionários da rede socioassistencial, de escolas, do Poder Judiciário e Ministério Público em práticas restaurativas, inclusive no sentido de serem criados fluxos diferenciados e extrajudiciais para o processamento de atos infracionais considerados de menor potencial ofensivo. Destacam-se também os trabalhos realizados para a implementação da Justiça Restaurativa na execução de medidas socioeducativas.

Destarte, a pesquisa possibilitou constatar que, a despeito das características e desafios próprios da sociedade brasileira, que ainda avança na implementação da cidadania e de uma gestão democrática, o Terceiro Setor se mostrou essencial tanto para a introdução da Justiça Restaurativa no país como para a capacitação em práticas restaurativas e, em alguns casos, para a criação de novos fluxos processuais que propiciam a desjudicialização de atos infracionais, em atendimento ao disposto no artigo 35 do Sinase. Constatou-se também que essa colaboração com o Estado contribui para a materialização do paradigma da proteção integral e, consequentemente, confere maior amplitude à efetivação da dignidade da pessoa humana aos adolescentes infratores, na medida em que a lente restaurativa amplia a análise do conflito, promove a reinserção social e ainda favorece a conscientização e a responsabilização do adolescente, auxiliando-o a criar alternativas não-violentas para a satisfação de suas necessidades.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Angela Maria. O Processo de Gestão do Projeto da Justiça Restaurativa nas Comunidades da Cruzeiro e Restinga. *In* **Justiça Juvenil Restaurativa na Comunidade:** uma experiência possível. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 2012.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL (AJURIS). **AJURIS 74 anos:** o berço da Justiça Restaurativa. AJURIS, 2018. Disponível em: https://ajuris.org.br/ajuris-74-anos-o-berco-da-justica-restaurativa/. Acesso em: 14 mar. 2022.

BONINI, Luci M. M.; CANDIDO, Valéria Bressan. **Cultura de Paz e o Desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário do Estado de São:** um estudo de caso em Heliópolis. Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa, 22-23 de agosto de 2013. Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10924. Acesso em: 19 mar. 2022.

_____. **Projeto Escola + Paz forma mais de 1,2 mil facilitadores escolares em Justiça Restaurativa**. 19 jul. 2019. Disponível em: https://ajuris.org.br/projeto-escolapaz-forma-mais-de-1-200-facilitadores-escolares-em-justica-restaurativa/. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. **Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em 15 jan. 2022.

_____. **Lei 9.637, de 15 de maio de 1998**. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm. Acesso em: 15 jan. 2022.

_____. **Lei 9.790, de 23 de março de 1999**. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm. Acesso em: 15 jan. 2022.

_____. **Lei 13.019, de 31 de julho de 2014**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015). Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm. Acesso em: 15 dez. 2021.

CANFIELD, Ráisa Lammel. **"Justiça Dialogal" x Justiça Tradicional:** uma análise do processo de implementação da justiça restaurativa no Rio Grande do Sul. 2017. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO POPULAR DE CAMPO LIMPO – CDHEP. **Relatório Final do Projeto**: novas metodologias de Justiça Restaurativa com adolescentes e jovens em conflito com a lei. São Paulo: CDHEP, 2014. Disponível em: http://cdhep.org.br/wp-content/uploads/2015/02/JUSTICA_RESTAURATIVA_JUVENIL.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro Setor:** um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. São Paulo: Editora SENAC, 2000.

COÊLHO, Ailta Barros de S. R. *et al*. Infância, Adolescência e Terceiro Setor no Distrito Federal. **SER Social**, Brasília, n. 9, fev. 2010. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/122>. Acesso em: 17 dez. 2021.

COSTA JÚNIOR, Leopoldo. Terceiro Setor e Economia Social. **Cadernos do III Setor**, São Paulo: FGV/EAESP, 1998.

DUARTE, Adriano. Experiência de pacificação em Caxias do Sul chama a atenção da ONU e do governo federal. **Pioneiro** [online], Rio Grande do Sul, 11 abril 2019. Geral. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/pioneiro/geral/noticia/2019/04/experiencia-de-pacificacao-em-caxias-do-sul-chama-a-atencao-da-onu-e-do-governo-federal-10930517.html. Acesso em: 16 mar. 2022.

FALCONER, Andres. **A Promessa do Terceiro Setor:** um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão. Dissertação (mestrado). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4605529/mod_resource/content/1/andres_falconer.pdf. Acesso em 06 jan. 2022.

FERNANDES, Aline Ouriques Freire. **A Função Democrática do Terceiro Setor:** a busca pelo fortalecimento da cidadania no Direito brasileiro. Editora ApeKu, 2020, edição Kindle.

FERNANDES, Rubem César. **Privado porém Público:** o terceiro setor na América Latina. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

INSTITUTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL PILAR. Instituto Pilar. Nossa História. Disponível em: https://institutopilar.org.br/site/?page_id=213. Acesso em: 24 abr. 2022.

INSTITUTO MUNDO AFLORA. Instituto Mundo Aflora. Sobre nós. Disponível em: https://mundoaflora.org/sobrenos/. Acesso em: 24 abr. 2022.

INSTITUTO TERRE DES HOMMES BRASIL. **Ceará:** ações e projetos. Disponível em: https://www.tdhbrasil.org/acoes-e-projetos/ceara/. Acesso em 06 mar. 2022.

MASLOW, A. H. **A Theory of Human Motivation**. 1943. Disponível em: http://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm. Acesso em 18 set. 2021.

MENDONÇA, Patrícia; FALCÃO, Domenica Silva. Novo Marco Regulatório para a realização de parcerias entre Estado e Organização da Sociedade Civil (OSC). Inovação ou peso do passado? **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, vol. 21, n. 68, 2016. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/56484. Acesso em: 16 abr. 2022.

MUMME, Monica Maria Ribeiro; PENIDO, Egberto de Almeida. **Justiça e Educação:** o poder público e a sociedade civil na busca de ações de resolução de conflitos. Congresso Mundial Sobre Justiça Juvenil Restaurativa, Lima, 2009. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/Pdf/JusticaRestaurativa/Artigos/Trabalho_Egberto_Penido_Monica_Mumme.pdf. Acesso em: 19 mar. 2022

OLIVEIRA, Assis da Costa. **Direitos Humanos dos Indígenas Crianças: perspectivas para a construção da Doutrina da Proteção Plural**. 2012. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, Belém, 2012.

PINTO, Simone Matos Rios. **Justiça Restaurativa na Ótica da Teoria do Discurso**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2017.

PNUD BRASIL. **PNUD faz lançamento nacional do Relatório de Desenvolvimento Humano 2020**. 16 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2020/pnud-faz-lancamento-nacional-do-relatorio-de-desenvolvimento-hum.html#:~:text=O%20IDH%20do%20Brasil%20cresceu,84%C2%BA%20lugar%20entre%20189%20pa%C3%ADses. Acesso em 14 fev. 2022.

SALAMON, Lester. A Emergência do Terceiro Setor – uma revolução associativa global. **Revista de Administração**, São Paulo, vol. 33, n. 1, p. 5-11, janeiro/março 1998.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Companhia das Letras, 2011, edição Kindle.

_____. **Desenvolvimento Como Liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010, edição Kindle.



O PAPEL PREVENTIVO DA ESCOLA EM CASOS DE CONFLITOS ENVOLVENDO ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO BRASILEIRO.

CÂNDIDO, Bruno Aloísio[1]
PERES NETO, José Branco[2]
FRANCESCHET, Júlio César[3]

RESUMO. O presente artigo objetiva analisar o papel preventivo da escola na gestão e solução de conflitos de natureza familiar envolvendo casos de alienação parental. A pesquisa buscou analisar a atuação escolar no enfrentamento desses conflitos que chegam ao seu conhecimento através da verificação da mudança comportamental dos menores e o impacto que isso traz para suas vidas e para seu desenvolvimento escolar. A pesquisa possui natureza exploratória e descritiva, sendo os seus resultados tratados de forma qualitativa, a partir de uma revisão bibliográfica do assunto abordado. No processo de condução da pesquisa foi possível descobrir o papel fundamental que a escola ocupa na gestão de conflitos familiares, sendo muitas vezes a primeira a tomar conhecimento da situação enfrentada pelo menor o que lhe possibilita uma tomada de decisão mais eficiente. Desse modo, o artigo não teve a pretensão de esgotar o tema, pois certamente o avanço no número de pesquisas nessa área trará contribuições cada vez mais significativas para qualidade de vida e desenvolvimento dos menores submetidos a esse tipo de comportamento.

Palavras-chaves: Alienação Parental. Divórcio. Papel da Escola. Mediação Familiar. Gestão e Solução de Conflitos.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Mestrando em Direito e Gestão de Conflitos na Universidade de Araraquara – (UNIARA). São Paulo, SP, Brasil. Advogado. Endereço para correspondência: Av. Maria Lúcia Cabrera, 173, Ap.404 Bl.02, Quitandinha II, Araraquara, São Paulo, Brasil. CEP: 14.801-749. E-mail: bacandido.adv@gmail.com

[2] Doutorando e Mestre em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Araraquara (UNIARA), São Paulo, SP. Pós-graduado em Direito Tributário, Professor universitário. Advogado. Email; brancoperes@hotmail.com

[3] Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor dos cursos de graduação em Direito e mestrado profissional em direito e gestão de conflito da universidade de Araraquara (UNIARA). Juiz de Direito. Email: jcfranceschet@uniara.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O direito de família atravessa um período de muitas transformações devido o necessário acompanhamento ao ritmo das mudanças de comportamento da sociedade e o poder judiciário enfrenta diariamente desafios cada vez mais complexos ante as inúmeras matérias que chegam para sua apreciação. Dessa forma, a alienação parental é um exemplo de matéria que precisa ser analisada cuidadosamente sob o prisma do pilar fundamental da nossa constituição, ou seja, a dignidade da pessoa humana pelo grau de complexidade e subjetividade envolvido na questão.

De acordo com a doutrina a alienação parental é o comportamento que ocorre quando um dos genitores ou o detentor da guarda da criança provoca estímulos negativos na criança de forma que ela sinta temor ou até mesmo repulsa pelo outro genitor com o objetivo de romper vínculos familiares entre a criança e o ente alienado (DEEKE; MUNER, 2021). Contudo, não se trata de um problema novo, mas resta clara sua evidência na atualidade devido ao grande número de divórcios e a consequente discussão quanto à guarda dos filhos.

Segundo Rocha (2012, p.60) o termo foi criado na década de 1980 e ganhou dimensão por meio do trabalho do Dr. Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade da Columbia.

Conseguinte, diante de uma separação, o casal precisa fazer uma análise ampla dos diversos acontecimentos que viram logo a seguir, ante a possíveis consequências que determinarão o futuro de uma criança.

Igualmente é nesse cenário que questões fundamentais precisam ser decididas à luz do princípio do melhor interesse da criança, conforme trata o artigo 227 da nossa Constituição, bem como o artigo 3º da lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, definindo o tipo de guarda adotada, o valor dos alimentos e a definição de visitas.

Importante destacar que a forma como o casal decide encarar a separação irá impactar diretamente na aceitação e no comportamento dos filhos. Noutro lado percebe-se relevante imaturidade emocional entre casais pelo modo como encaram uma separação conjugal, muitas vezes esquecendo-se que atitudes simples são capazes de

dirimir conflitos desnecessários quanto a transformação da família conjugal em família parental.

Nesse ponto, o que ocorre muitas vezes é a utilização da criança como instrumento de "trocas" com o outro genitor movido pelo sentimento de descontar no outro o sentimento de frustação e ódio provocados pelo término do relacionamento.

De acordo com Matos e Vieira (2022) da verificação das práticas parentais – "atos positivos e negativos dos genitores na assistência material e imaterial dos filhos – impactam o desenvolvimento da criança e/ou adolescente tanto no aspecto físico como no psíquico". Logo, temos que os estilos negativos dessas práticas acarretam diversos desajustes no menor como alienação parental, autoalienação, abandono afetivo, entre outros.

Segundo o mesmo autor esses atos desconfiguram o núcleo axiológico da autoridade parental e ocasionam uma violação do direito fundamental à convivência familiar. Assim também percebe-se para qual caminho aponta a doutrina quando discorre a respeito do tema alienação parental:

> Em linhas gerais, trata-se de um fenômeno que normalmente surge em situações de graves conflitos familiares em que se verifica a tentativa de um genitor de afastar o outro da convivência familiar com os filhos, por meio de estratégias e artifícios que são próprios da conduta alienadora. É resultante da combinação entre a programação de um genitor e as contribuições do próprio filho, visando a depreciação e o consequente alijamento do outro genitor. (ANDRADE; NORIJI, 2016).

Pode-se observar através do trecho acima que o problema traz como pano de fundo os graves conflitos familiares decorrentes do fim do relacionamento. Sobretudo, usar os filhos como instrumento de vingança após o fim do relacionamento não pode ser considerado algo novo. Entretanto, com a entrada em vigor da Lei 12.318/2010 definiu-se alguns parâmetros e um olhar preventivo foi dado à matéria, contribuindo para a solução do problema.

Logo, temos que a lei surgiu em razão da necessidade social de preservar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, conferindo ao poder judiciário um instrumento capaz de resguardá-los de certos abusos. Além disso, ela trouxe ao mundo

jurídico uma ampliação efetiva da tutela dos direitos expressos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), conforme podemos observar no artigo 3º, o qual dispõe que:

> 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)

Assim, entendendo que a prática de alienação parental golpeia direitos fundamentais da criança e do adolescente, o objetivo principal da Lei nº 12.318/2010 é, portanto, regular de forma eficaz o convívio dos filhos com ambos os genitores, estabelecendo alguns critérios acerca dos direitos dos pais e das crianças e adolescentes.

2 ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITO E ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.318/2010.

Pois bem, mas qual seria, portanto, o conceito de alienação parental? E quais os novos desafios enfrentados pelo poder judiciário com a entrada em vigor da lei 12.318/2010 em nosso ordenamento jurídico. O fenômeno descrito como alienação parental (AP) ocorre quando, na definição de Stahl (2001) “uma criança imotivadamente rejeita um dos pais devido à influência do outro genitor, o que se verifica com a contribuição da própria criança”.

À vista disso se faz necessária uma análise precisa da melhor doutrina que busca definir alienação parental como:

> Quando ocorre a ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição ou a raiva pela traição, surge um enorme desejo de vingança. Desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro perante os filhos. Promove verdadeira “lavagem cerebral” para comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram da forma descrita. O filho é programado para odiar e acaba aceitando como verdadeiras as falsas memórias que lhe são implantadas. Assim afasta-se de quem ama e de quem também o ama. O fato não é novo: usar filhos como instrumento de vingança pelo fim do sonho do amor

> eterno. Esta é uma prática que pode ocorrer ainda quando o casal vive sob o mesmo teto. O alienador não é somente a mãe ou quem está com a guarda do filho. O pai pode assim agir, em relação à mãe ou ao seu companheiro. Tal pode ocorrer também frente a avós, tios ou padrinhos e até entre irmãos (DIAS, 2017).

Por conseguinte, casos de alienação parental estão presentes de maneira mais significativa nas situações envolvendo divórcios litigiosos, porém não sendo exclusivos destes, e acontecendo inclusive quando o casal ainda se encontra na constância do matrimônio.

Pode-se observar que estudos acerca da alienação parental surgiram há algumas décadas, porém na sua espécie de "Síndrome de Alienação Parental" (SAP), ocorreu de forma mais específica na década de 1980 através dos estudos do psiquiatra infantil Richard A. Gardner, professor da clínica infantil da universidade de Columbia, Estados Unidos, e membro da academia norte-americana de Psiquiatria da Criança e do Adolescente, que identificou algumas condutas similares nos filhos de alguns pacientes que haviam se separado.

Nesse ínterim, Gardner (2002) cria o termo SAP, vez que define tal comportamento como uma patologia:

> A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha demeritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Nas palavras de Deeke e Muner (2021, p.80) a síndrome trata-se de um distúrbio da infância que se apresenta no contexto da separação judicial litigiosa em que a criança é colocada contra um dos genitores, ante uma tendência muito severa de um dos genitores à vingar-se do outro.

Consequentemente, também houve um relevante crescimento na ocorrência da SAP, tornando-se necessária a criação da lei regulamentadora 12.318/2010 que pudesse dar o suporte necessário aos novos desafios desse problema enfrentado por nossa sociedade e garantir uma expectativa de maior efetividade quando a problemática fosse levada ao conhecimento do Poder Judiciário para dirimir o conflito nos casos que envolvessem alienação parental (ANDRADE, 2016).

Dessa forma, com a entrada em vigor da Lei nº 12.318/2010 em nosso ordenamento pátrio foram criados parâmetros de comportamentos legalmente aceitáveis, vez que seu art. 2º trouxe de forma clara a definição a respeito daquilo que o legislador entende por alienação parental:

> Art. 2º. A interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Analogamente o dispositivo legal traz em seu parágrafo único do mesmo artigo 2º o entendimento de que para caracterizar a alienação parental o legislador elenca algumas condutas típicas que devem ser apresentadas pelo alienador, tais como:

a. Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
b. Dificultar o exercício da autoridade parental;
c. Dificultar o contato da criança ou do adolescente com o genitor;
d. Dificultar o exercício do direito regulamentado à convivência familiar;
e. Omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou o adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
f. Apresentar falsa denúncia contra o genitor, contra familiares deste ou contra os avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou o adolescente;
g. Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com os avós.

É inquestionável que diante de todas essas condutas a criança fica totalmente exposta e vulnerável, tendo seu psicológico gravemente afetado. E por certo diante do

rompimento afetivo ela passa a manifestar outro tipo de comportamento em relação ao genitor alienado, desencadeando a patologia denominada Síndrome da Alienação Parental (SAP), conhecida como sendo as sequelas emocionais e comportamentais que o filho vem a sofrer por longos anos de sua vida.

A saber a doutrina aponta na direção de uma clara definição a respeito do tema:

> A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é uma grave situação que ocorre dentro das relações de família, em que, após o término da vida conjugal, o filho do casal é programado por um de seus genitores para "odiar", sem qualquer justificativa, o outro genitor. A referida síndrome trata de tema atual, complexo e polêmico que vem despertando atenção de vários profissionais tanto da área jurídica como da área da saúde, pois é uma prática que vem sendo denunciada de forma recorrente (MARTINS, 2012, p. 18).

Portanto, diante da programação da qual a criança foi submetida para odiar um dos seus genitores sem motivo real, ela própria inicia um processo de recusa e falta de aceitação do ente alienado, desencadeando uma série de problemas para sua saúde intelectual.

Outrossim, a criança ingressa em uma perigosa trajetória psicossomática, em que tende a ser ansiosa, deprimida e, sobretudo, violenta. Igualmente, traz para si um rol de consequências desfavoráveis que abrangem depressão crônica, distúrbios de identidade, desorganização mental, entre outros. (DEEKE; MUNER, 2021)

Por fim, revela-se que devido ao elevado número de divórcios e separações houve um aumento significativo no número de casos envolvendo casos de alienação parental, fenômeno que nos ajuda a compreender melhor o aumento dessa anomalia, dando a esse grave problema social um status de relevância e atenção no cotidiano das famílias e principalmente das crianças vitimadas.

Vencido o primeiro desafio, cuja meta era traçar um pano de fundo trazendo de forma clara os principais pontos envolvendo a alienação parental, agora passamos a analisar a importância da investigação escolar no controle dessa mudança comportamental provocada pela alienação parental e pela SAP.

3 A IMPORTÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO ESCOLAR QUANTO ÀS MUDANÇAS COMPORTAMENTAIS DOS ALUNOS E O IMPACTO QUE ELA TRAZ NA VIDA DOS INFANTES

A escola possui papel fundamental na vida de crianças e adolescentes, pois revela-se como o primeiro filtro no controle das alterações em seu comportamento, uma vez que os profissionais convivem diariamente com os menores o que os torna capacitados para identificar essas alterações, tendo a possibilidade de agir de forma preventiva e evitar o agravamento do quadro alienatório.

Não obstante, a maneira que os pais se relacionam e como relacionam-se com os filhos interfere diretamente na maneira encaram a separação conjugal. Ou seja, pais que agridem-se física ou verbalmente de maneira frequente tendem a levar seus filhos a considerar este comportamento como adequado, passando a imitá-lo no relacionamento com os outros.

É cediço que os momentos que sucedem à separação são os mais difíceis de serem enfrentados, tanto para os pais como para os filhos. Assim, remota é a chance de que ambos lidem bem com esse imbróglio, visto as inúmeras consequências sociais, financeiras e emocionais que estão ligadas à dissociação do casamento, necessitam assim de um tempo, para que tudo volte à normalidade. (ALMEIDA, 2000)

Comumente, destaque-se entre uma das consequências negativas da separação a queda no rendimento escolar e as dificuldades de relacionamento interpessoal que os filhos passam a apresentar. Em Grych e Fincham (1990) enfatizam através seus estudos os efeitos negativos trazidos pelos conflitos conjugais presentes antes e depois da separação.

Esses conflitos são os principais responsáveis por mudanças comportamentais que atingem a autoestima, o desempenho escolar e principalmente a capacidade dos menores de se relacionar com as demais pessoas. Nas lições de Grych e Fincham (1990) relatam que as crianças de famílias caracterizadas por alto grau de conflito apresentam maior desajustamento do que aquelas que passam por um baixo grau de conflito nas relações familiares, sobretudo quando ocorre o divórcio litigioso.

Portanto, diante desse cenário o papel da escola na investigação da mudança comportamental de crianças e adolescentes é fundamental para que o quadro alienatório possa ser identificado o mais rápido possível, evitando assim o agravamento para a SAP e as consequências que os acompanharam por longos anos de sua vida.

3.1 O papel da escola como agente de controle da personalidade das crianças

Desse modo, pode-se observar o importante papel realizado pela escola como agente identificador das mudanças no comportamento dos jovens e adolescentes. De forma que na ocorrência de uma repentina queda no desempenho das atividades escolares do menor, necessário se faz uma averiguação pelos educadores certificando-se se o menor não encontra-se diante de um cenário de alienação parental.

Assim, esses são os primeiros sinais indicativos de que a criança está passando por um processo traumático, que fere seus direitos fundamentais mais inerentes e que alteram sua capacidade cognitiva. Muitas vezes, tais capacidades são levadas à ruína diante da insegurança e da revolta provocada pelo comportamento agressivo dos genitores.

Nessa linha Martins (2012) esclarece que o processo de separação pode exercer efeitos negativos sobre o comportamento dos filhos, tendo-se revelado como um dos principais responsáveis o cenário de acusações recíprocas entre os cônjuges.

Assim temos que diante do alto grau de conflito familiar os problemas tendem a se agravar de maneira significativa e infelizmente são os filhos os maiores prejudicados, muitas vezes sentindo-se culpados ou até memo responsáveis pela separação do casal, como será abordado no próximo capítulo.

Portanto, o papel da escola torna-se indispensável quando o assunto é a identificação da mudança comportamental nos menores, uma vez que o convívio diário desses profissionais com os menores ajuda a identificar certas alterações de comportamento capazes de demonstrar que estão passando por algum processo traumático que necessita ser investigado.

3.2 Os efeitos provocados nos menores com a prática da alienação parental

As consequências naturais decorrentes da exposição dos menores à prática da Alienação Parental variam de acordo com a idade da criança, com as características de sua personalidade e quanto sua capacidade de resiliência, além de outras circunstâncias, implícitas ou explícitas no comportamento dos menores (TRINDADE, 2010).

Todavia, as razões que levam os adultos a se comportarem dessa maneira muitas vezes não faz sentido para a criança, desconhecendo e não conseguindo ter o pleno discernimento sobre a situação calamitosa a que estão expostas, ficando sem entender o real significado e sentindo-se muitas vezes culpados por todo sofrimento vivenciado pelos pais.

Ainda sobre o tema a doutrina aponta no seguinte sentido:

> Os filhos submetidos a essas situações (Alienação Parental) em geral não têm consciência das verdadeiras causas de seu comportamento, preferindo aceitar as restrições transmitidas pelas mensagens do alienador quando eles próprios não possuem razões para se afastar do alienado. Ademais, na falta de motivos reais para estar com o cônjuge alienado, manifestam aderência às retaliações, nem sempre sutis, mas por eles não percebidas, do alienador (TRINDADE, 2014, p.345).

Parece, todavia, que quando expostas a esse comportamento de (AP) as crianças ficam marcadas por toda a vida com sequelas comportamentais que irão comprometer atividades cotidianas, possivelmente ocasionando sérias dificuldades de relacionamento e por vezes irão desenvolver algum comportamento vicioso, que será a válvula de escape para suportar a culpa da injustiça que carregam.

Evidentemente, algumas providências podem ser tomadas para evitar que o estrago na vida dessas crianças seja ainda mais devastador, e trataremos a seguir de um método de solução de conflitos, ou seja, a mediação familiar, uma proposta de solução de conflitos capaz de frear os efeitos dessa anomalia que tanto aflige a população infanto-juvenil.

3.3 A aplicação de mecanismos adequados na solução de conflitos no combate à Síndrome Alienação Parental (SAP)

No cenário atual busca-se uma alternativa para solução dos conflitos antes de uma possível judicialização, nesse interim apresentam-se os métodos adequados para solução de conflitos representados pela justiça multiportas do Código de Processo Civil vigente. Dessa forma, a mediação e a conciliação familiar de conflitos são métodos auto compositivos que podem ser utilizados pela justiça como importante instrumento para a solução pacífica dos conflitos, tanto na área judicial quanto na área extrajudicial (SALES; CHAVES, 2014).

Ainda de acordo com Sales e Chaves (2014, p.261) podemos compreender conciliação da seguinte forma:

> A conciliação é um mecanismo autocompositivo de solução de conflitos, que pode ser extrajudicial ou judicial (a classificação indica o momento em que ela ocorre – antes ou durante o processo judicial) e que conta com a participação de um terceiro imparcial e capacitado, que orientado pelo diálogo entre as partes envolvidas escuta ativamente, conduz a discussão, a partir do apresentado passa, se for o caso, a sugerir soluções compatíveis com o interesse das partes ou, uma vez apresentada a solução pelas próprias pessoas, a conduzir essa solução para que ela realmente reflita o interesse das partes em conflito.

Em suma, a conciliação acontece com a participação de um terceiro com capacitação para orientar o diálogo entre as partes envolvidas, conduzindo-as ao diálogo, caso seja necessário, pode sugerir soluções para ambas as partes, desde que não desfavoreça a nenhuma.

Noutro lado a mediação familiar é um instrumento de solução de conflitos, porém utiliza-se de um terceiro com a capacitação adequada que facilite a comunicação das partes, conduzindo para um resultado satisfatório. Durante o processo de mediação é necessário que o mediador respeite os princípios fundamentais para a condução da mediação, permitindo às pessoas a total liberdade de suas escolhas, passando todo o poder decisório para elas (SALES; CHAVES, 2014, p.263).

Nas palavras de Cabral (2017, p.369) a mediação é o processo em que as partes que litigam recorrem ao auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir para

construção de um diálogo entre elas buscando uma possível solução para o conflito. O papel do mediador está em estimular as partes a tomarem suas decisões com autonomia rumo a uma solução consensual.

Segundo as lições de Braganholo (2005, p.72) a mediação apresenta-se como importante instrumento na gestão e solução de conflitos, vejamos:

> O processo de mediação pode ser uma maneira de aproximar as partes para discutir questões de interesse mútuo ou não, observando e mediando pontos de vista convergentes e divergentes. Dessa forma, é possível iniciar uma batalha contra os conflitos em questão e então, discutir as razões e motivos que interferem nas decisões dos envolvidos.

Igualmente o mediador figura-se como um terceiro imparcial que irá apenas conduzir a comunicação das partes, a fim de que cada um possa se fazer compreendido e compreender os interesses, as possibilidades e necessidades uns dos outros. O seu papel não é convencer quem está ou não com a razão, mas sim levar as partes a construírem um consenso, de acordo com os seus próprios interesses, não devendo opinar sobre as questões de mérito discutidas (GALVÃO; CERQUEIRA, 2014, p.5).

Sobre os princípios que norteiam a mediação Cabral (2017) descreve alguns como: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia de vontade entre as partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Para o autor a mediação é uma importante mudança de paradigma enraizado em nossa sociedade, como a cultura do litígio[4] e a necessidade para apreciação do Judiciário questões que poderiam ser solucionadas em um ambiente mais adequado com métodos mais apropriados.

Diante disso, resta claro o importante papel do método adequado para solução de cada conflito em relação ao caso concreto, afinal quando trata-se da problemática envolvendo alienação parental, ela está muito além de uma discussão familiar, mas sim um dilema social e cultural enraizado de uma sociedade que carece de políticas públicas

[4] A cultura de litigância faz parte da cultura do povo brasileiro e diz respeito à forma com o qual lidamos com conflitos interpessoais, sendo, portanto, a ideia presente no inconsciente da população de que apenas o Judiciário tem o condão de resolver problemas e divergências que decorrem da vida em sociedade.

voltadas para divulgação e ensino de questões envolvendo os direitos fundamentais da população infanto-juvenil.

Portanto, a mediação familiar mostra-se uma excelente opção para o combate de conflitos que envolvam casos de alienação parental, uma vez identificado pelos profissionais que acompanham diariamente a rotina dos menores, os pais devem ser notificados a comparecer ao ambiente escolar e poderão ser encaminhados para os órgãos competentes, para que juntos com a equipe de mediação possam chegar a uma solução para o caso concreto.

3.4 O papel da mediação familiar na solução de conflitos

A partir do diagnóstico informando o quadro alienatório enfrentado pelo menor faz-se necessário o acompanhamento mais próximo dos profissionais de educação e o imediato envolvimento dos responsáveis para uma tomada de decisão que caminhe rumo à solução adequada do conflito.

Naturalmente é de suma relevância uma intervenção precoce dos profissionais envolvidos, tentando através da mediação familiar evitar desgastes de um processo judicial. Logo, quando levado para apreciação do poder judiciário isso frequentemente deteriora ainda mais a relação entre os genitores, agravando o quadro alienatório em que os filhos são atingidos, decorrentes da separação conflituosa (PODEVYN, 2001).

Entende-se de forma mais especificada que casos da alienação parental ocorrem em sua maioria nos litígios entre casais em processo de divórcio, pois terminando suas relações conjugais com ressentimentos mútuos acabam utilizando de maneira irresponsável os filhos como instrumento de vingança e retaliação contra o outro genitor.

São vários os exemplos de comportamento alienatório, a exemplo: privar o cônjuge alienado de informações médicas ou escolares do filho, impedir ou dificultar a convivência com o outro genitor em dias de visitas, desmarcar na hora, ou marcar afazeres à criança no mesmo dia e horário. Situações como essas, mesmo sendo simples, podem afastar a criança do genitor alienado, causando prejuízos no vínculo afetivo e desenvolvimento da criança (CARVALHO; PÉRSICO, 2018, p. 44).

Segundo Podevyn (2001) recomenda-se na mediação que os genitores sejam avaliados separadamente. Uma vez constatado que nenhum dos genitores representa perigo aos filhos o trabalho de mediação pode começar, dessa maneira um de seus principais efeitos será evitar a alienação das crianças por um de seus genitores.

Já para Carvalho e Pérsico (2018) a mediação familiar é um método consensual e pacífico de resolução de situações conflituosas, em que, um terceiro elemento, o mediador, com a necessária capacitação, facilita o diálogo e a alteridade entre as partes, de modo a melhorar a comunicação, a consciência das dificuldades do outro, e, se possível, se chegar a um acordo, uma solução.

Todavia, as técnicas de abordagem do mediador tentam restaurar o diálogo, para que posteriormente o conflito em si possa ser tratado e só depois possa-se chegar a uma solução. O mediador tem o papel de buscar meios para que ambas as partes enxerguem e busquem soluções.

Um ponto importante na mediação de conflitos é o que espera-se dela como resultado, ou seja, sua qualidade é determinada pelas partes que foram submetidas a mediação, e não pelo mediador em si. Nas palavras de Carvalho e Pérsico (2018) “a qualidade de uma mediação é baseada na perspectiva das partes em relação ao próprio processo de resolução de disputas e das características de autocomposição.

> (...) a definição de qualidade em mediação consiste no conjunto de características necessárias para o processo auto compositivo que irá, dentro de condições éticas, atender e possivelmente até exceder as expectativas e necessidades dos usuários (BRASIL, 2015).

Assim temos que para considerar uma mediação bem-sucedida é preciso avaliar a satisfação das partes. Para tanto, é essencial que os mediadores não tenham como único propósito chegar a um acordo, mas conseguir a transformação da relação entre as partes, evitando o surgimento de conflitos posteriores ao rompimento conjugal quando esse for necessário e jurídico.

Para Braganholo (2005, p.72) mesmo não conseguindo resolver o conflito, isso permite que os envolvidos tenham o controle da situação e saiam melhores do que entraram:

> (...) a mediação dos conflitos familiares é uma oportunidade para o crescimento e a transformação dos indivíduos. E o mais importante: um crescimento que pressupõe desenvolvimento da capacidade, como pessoa humana, para expressar e fortalecer a capacidade de uma preocupação pelos outros. Essa situação é muito difícil de ocorrer, num processo de rompimento conjugal de união estável, separação ou divórcio, no atual sistema jurídico brasileiro, que não respeita a complexidade existente em relacionamentos que envolvem vínculos afetivos.

Segundo Carvalho e Pérsico (2018) para lidar com questões envolvendo fatores emocionais e familiares é necessário amplos conhecimentos sobre relações conflituosas. Importa também domínio na dinâmica familiar para melhor conduzir os processos de mediação, de forma a chegar a resultados consensuais e satisfatórios. Além disso, a mediação abre a possibilidade para uma reflexão e crítica dos comportamentos adotados, implicando na transformação de atitudes e de crescimento pessoal para todos os envolvidos.

Dessa maneira, a mediação de conflitos aplicada em casos envolvendo alienação parental é uma tentativa de restaurar o diálogo perdido e procura encontrar formas justas de resolver os conflitos e desavenças relacionadas a vida a dois, visando, com isso, atingir um sentido melhor para a existência, desenvolvendo a capacidade do indivíduo em lidar com seus conflitos internos e externos. (BRAGANHOLO, 2005).

Por fim, ressaltados todos os benefícios da mediação familiar como método adequado para solução de conflitos em âmbito familiar, cabe avaliar diante ao caso concreto, se atenderá os objetivos para solução do conflito em questão, seja caso da Alienação Parental ou outra anomalia decorrente de questões envolvendo conflitos de natureza familiar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, o presente trabalho pretendeu apresentar uma situação corriqueira que está longe de deixar as discussões em nossos tribunais de direito de família, e de maneira didática tentou-se expor conceitos, ideias e possíveis formas de

combate a Alienação Parental e suas consequências irreparáveis na vida da população infanto-juvenil.

Primeiramente, julgou-se importante trabalhar o conceito de Alienação Parental (AP) e seu agravamento para o quadro de Síndrome de Alienação parental (SAP), uma vez que sem esse pré-requisito seria impossível compreender os desdobramentos do quadro e suas principais consequências.

Destacou-se também a importância da entrada em vigor da lei 12.318/2010, pois veio com o objetivo de estabelecer certos parâmetros e trazer um olhar preventivo e punitivo para essa anomalia social que ganhou maior proporção nos últimos anos, desencadeada pelo aumento do número de divórcios.

Outra questão trabalhada foi a importância da investigação escolar quanto às mudanças de comportamento dos alunos e o impacto que isso traz em suas vidas, trazendo a escola como a principal responsável pelo filtro comportamental de jovens e crianças. Enfatizou-se a queda no rendimento escolar e a dificuldade de relacionamento interpessoal como destaque entre as primeiras consequências que os menores passam a apresentar após episódios envolvendo casos de Alienação Parental.

Assim, quando expostas a esse comportamento de (AP) as crianças ficam marcadas por toda a vida com sequelas comportamentais que irão comprometer atividades cotidianas, terão dificuldades de relacionamento e muitas vezes irão desenvolver algum comportamento vicioso, que terá um papel de "válvula de escape" para suportar a culpa da injustiça que carregam.

Por fim, tratou-se da aplicação de mecanismos adequados de solução de conflitos no combate à síndrome da alienação parental (SAP), identificando a mediação familiar como principal instrumento na solução de conflitos.

A mediação familiar destaca-se com um método consensual e pacífico de resolução de situações conflituosas, em que, um terceiro elemento, o mediador, com a necessária capacitação, facilita o diálogo e a alteridade entre as partes, de modo a melhorar a comunicação, a consciência das dificuldades do outro, e, se possível, se chegar a um acordo, uma solução (CARVALHO; PÉRSICO, 2018).

Assim, ressaltados alguns benefícios e possibilidades da aplicação da mediação familiar como método adequado para solução de conflitos em âmbito familiar, os resultados obtidos demostraram o importante papel da mediação no combate aos efeitos da alienação parental, entretanto não têm a pretensão de esgotar o tema e demonstraram a importância de uma mudança de paradigma, através de políticas públicas mais efetivas voltadas ao integral interesse da criança, estimulando a qualidade de vida e o exercício pleno da cidadania da população infanto-juvenil que tanto sofre com o desrespeito a suas garantias fundamentais estampadas em nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. C. de; NORIJI, Sérgio. Alienação Parental e o Sistema de Justiça Brasileiro: uma abordagem empírica. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 3, n. 2, 2016. Disponível em: https://www.reedrevista.org/reed/article/view/132/118. Acesso em: 10 fev. 2023.

ANDRADE, T.F.de. **Síndrome da alienação parental e a escola como agente de prevenção e inclusão**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA. 2. 2016.Campina Grande. **Anais** [...], Campina Grande: Realize Editora, 2016. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/artigo/visualizar/23286. Acesso em: 13 out. 2023.

ALMEIDA, C. G. de et al. Pais separados e filhos: análise funcional das dificuldades de relacionamento. **Estudos de Psicologia.** v. 17, p. 31-43. Campinas, 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/j/estpsi/a/rGbh5TrpxVKWqknLcMsZ3Yk/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRAGANHOLO, B. H. Novo desafio do direito de família contemporâneo: a mediação familiar. **Revista Cej**, v. 29, p. 70-79. Brasília, 2005. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero29/artigo10.pdf. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso: 15 mai. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Novo Código Civil:** lei 10.406/2002. Brasília, DF: Senado Federal, p. 343, 2002.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 12.318.** Dispõe sobre a alienação parental. Brasília: Congresso Nacional, 2010.

CABRAL, T. N. X. A evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. **Revista Fonamec**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 354-369, 2017. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumeI/revistafonamec_numero1volume1_368.pdf. Acesso em: 25 fev. 2023.

CARVALHO, K. V.; PÉRSICO, B. F. G. Mediação de conflitos como instrumento para a intervenção na alienação parental: um estudo exploratório. **Perspectivas em Psicologia**, v. 22, n. 2, 2018. Disponível em: https://seer.ufu.br/index.php/perspectivasempsicologia/article/view/46558/25076. Acesso em: 15 ago. 2023.

CÉZAR, J.P.G.C. **Alienação Parental:** a responsabilidade por violação aos **princípios** do direito de família, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/19227/2/Janine%20Paula%20Guimar%c3%a3es%20Calmon%20C%c3%a9zar.04.07.pdf. Acesso: 15 set. 2023.

DA CUNHA, G. C.; CARRASCO, M. O. Síndrome da alienação parental: desafios do pedagogo no âmbito escolar público1. **Revista cosmo acadêmico,** v.3, n.1, 2018. Disponível em: https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/sindrome-da-alienacao-parental-desafios-do-pedagogo-no-ambito-escolar-publico.pdf. Acesso em: 15 mar. 2023.

DA LUZ, A. F.; GELAIN, D.; DE LIMA, L. R. Reflexões sobre alienação parental em um projeto de mediação de conflitos. **Revista Psicologia e Saúde,** [S. l.], v. 6, n. 2, 2014. Disponível em: https://pssaucdb.emnuvens.com.br/pssa/article/view/363. Acesso em: 28 mai. 2023.

DEEKE C. B.; MUNER L.C**.** A Síndrome da Alienação Parental e as consequências psicológicas nos filhos, **Revista Cathedral.** v. 3, n. 1, 2021. Disponível em: http://cathedral.ojs.galoa.com.br/index.php/cathedral/article/view/286/93. Acesso em: 14 abr. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental:** uma nova lei para um velho problema. Porto Alegre, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. P. 409.

GALVÃO, C. S.; CERQUEIRA, M. T. **A mediação como instrumento eficaz na solução da alienação parental**. Direito Unifacs–Debate Virtual, [s. L.], 170, 1-16, 2014. Disponível em: http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3238/2319. Acesso em: 22 mai. 2023.

GARDNER, R. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)**. Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, 2002. Disponível em: http://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-temequivalente. Acesso: 26 de mai. 2023.

GRYCH, J.H.; FINCHAM, F.D. Marital Conflict and Children's Adjustment: A Cognitive-Contextual Framework. **Psychological Bulletin**, 108. 1990. Disponível em: https://psycnet.apa.org/fulltext/1991-00924-001.pdf. Acesso: 25 ago. 2023.

MATOS, A. C. H.; VIEIRA, D. F. Das práticas parentais e a urgência da construção de um relacionamento parental mínimo à promoção da dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 31, n. 04, p. 61-61, 2022. Disponível em: https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/785/577. Acesso em: 2 out. 2023.

MARTINS, A. Síndrome da alienação parental: controle e punição sob o discurso da patologia. **Revista Diálogos**. Setembro, 2012.

MORAES, C. G. A, et aI. **Grupo de apoio a filhos de pais separados**, 1997. Tese (Pós- Doutorado), São Paulo: Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 1997.

PODEVYN, F. **Síndrome de Alienação Parental,** 2001. Disponível em http://www.apase.com.br, com a colaboração da Associação de Pais para Sempre. Disponível em: http://www.paisparasemprebrasil.org. Acesso: 26 mai.2023.

RAVASIO, M. H; FRITZEN, R. Alienação parental e mediação familiar no Brasil. **Revista Derecho y Cambio Social**, 2015. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista041/ALIENA%C3%87AO_PARENTAL_E_MEDIA%C3%87AO_FAMILIAR_NO_BRASIL.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

ROCHA, M. J. Alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional. In: PAULO, Beatrice Marinho. **Psicologia na prática jurídica**: a criança em foco. v.2, p.60-69, 2012.

SALES, L. M. M.; CHAVES, E. C. C. Mediação e conciliação judicial - a importância da capacitação e de seus desafios. Florianópolis: **Sequência**, n. 69, p.255-279. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso: 15 mar. 2023.

SOMA, S. M. P. et al. A alienação parental no Brasil: uma revisão das publicações científicas. **Psicologia em estudo**, v. 21, n. 3, p. 377-388, 2016. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/2871/287148579003.pdf. Acesso em: 27 set. 2023.

STAHL, P. M. Compreendendo e avaliando a alienação em casos de custódia de alto conflito. **Revisão do Juizado de Família**, v. 3, 2001.

TRINDADE, J. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e Alienação Parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.25.

PACTO ANTENUPCIAL – INSTRUMENTO DE PREVENÇÕES DE CONFLITOS NAS QUESTÕES EXISTÊNCIAIS

FIREDRICH, Cícera Itamar Nobre[1]
BARBOSA, Ricardo Augusto Bonotto [2]
FRANCESCHET, Júlio Cesar[3]
RAMALHEIRO, Geralda Cristina de Freitas[4]

RESUMO:

O presente artigo tem por escopo analisar a legislação, doutrina e jurisprudência brasileira que trata sobre os aspectos extrínsecos e intrínsecos das escrituras públicas de pactos antenupciais, sua formação, constituição, efeitos *inter partes* e efeitos perante terceiros.

Aborda a previsão legal da possibilidade de mutabilidade do pacto antenupcial, o modo de alterabilidade judicial e os efeitos *ex nunc*, bem como, os casos em que a jurisprudência das cortes superiores reconhecem e admitem a possibilidade de alteração de regimes de bens com efeitos *ex tunc*.

Pretende-se apresentar a viabilidade aos nubentes de convencionarem cláusulas de natureza existencial, ou seja, cláusula extrapatrimoniais que dizem respeito a sua formação, modo de ser, de existir e coexistir no seio familiar, diante das diversas matizes de família, inclusive a aplicação das mesmas cláusulas no Pacto de convivência das uniões estáveis.

A parentalidade, nos padrões em que os diversos modos de formação de famílias existentes atualmente, sem dúvida, é um campo fértil para conflitos familiares. O trabalho busca mostrar que o modo de pensar, sentir, agir e reagir a eventuais acontecimentos pode auxiliar às famílias a anteciparem e

[1] Mestranda em direito e gestão de conflitos. Uniara. e-mail. cicerafriedrich@gmail.com
[2] Pós Doutor em inovação em micro e pequena empresa. Uniara. e-mail. bonotto@bol.com.br
[3] Doutor em direito civil. Uniara. e-mail. jcfranceschet@uniara.edu.br
[4] Doutora em desenvolvimento territorial e meio ambiente. Uniara. e-mail. gcdframalheiro@uniara.edu.br



enfrentarem as suas dificuldades, evitando demandas judiciais, ou, ao menos, reduzindo-as.

O estudo, na esteira do sistema de multiportas, traz, não só um meio de solução de conflitos, mas um instrumento de precaução e prevenção para que os atores principais da formação desta estrutura familiar, neste meio ambiente, discutam, dialoguem, tragam à tona os seus desejos ocultos, pensamentos e sentimentos, para que possam evitar futuras surpresas e desagrados geradores de contendas.

Palavras-chaves: Pacto antenupcial. Parentalidade. Modelos de Família. Alterabilidade do pacto antenupcial. Questões existenciais do pacto.

1. INTRODUÇÃO

As relações interpessoais remontam os primórdios da civilização e a regulamentação jurídica estabelecem condutas ou inércia de condutas, dentro do espectro da ética adotada pela comunidade. A princípio, por um direito natural e pelo costume. Num outro momento histórico, com base na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a normatização, livre das influências filosóficas ou sociológicas, distinguindo o mundo do ser (natural) do dever ser (onde o direito subsiste).

Em tempos contemporâneo, se faz necessária uma releitura sobre a aplicação do direito, no sentido de que não se pode enxergar a nora apenas pelo seu texto, tendo que aplicar a hermenêutica jurídica em suas várias facetas.

A Jurisprudência brasileira, com a finalidade de alcançar o verdadeiro sentido da norma, atendendo a dinâmica social, tem feito interpretação, a luz dos princípios constitucionais, extraindo conteúdos e ressignificando os conceitos jurídicos sem alterar o texto.

O fato é que o dinamismo social anda a passos largos, impingindo uma solução para as necessidades adequadas e eficazes em todos os campos das ciências.

Se a produção normativa não caminha no mesmo passo o aplicador do direito precisa integrar a norma, pois o Juiz não pode se escusar de decidir o conflito. Aliás, como bem se extrai da LINDB, na omissão da lei, aplica-se a analogia, costume e os princípios gerais de direito. Deste modo, não há lacuna legislativa que não possa ser sanada.

No direito de família não é diferente. Aliás, nas últimas décadas, a família, instituo orgânico, vem sofrendo transformações para atender aos princípios inerentes à pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a forma de ser e existir no seu projeto de felicidade, em seu seio e perante a sociedade contemporânea.

Dentre as modificações a família, base da sociedade, deixou de ser apenas formada pelo matrimonio. Sua estrutura hierarquizada e patriarcal passa a ser irradiada pelo princípio da

igualdade entre os genitores ou responsáveis e entre os filhos. Sofreu metamorfose e o sistema normativo recepcionou as mais diversas formas de constituição de família.

Eis que surge uma grande ramificação para a parentalidade e as divergências das autoridades parentais que ampliam as demandas judiciais em virtude de inobservância prévia de clareza nos interesses individuais e na convergência ou acordo dos interesses mais caros para a família.

Diante disso, este artigo pretende explorar a viabilidade de pacto antenupcial e por simetria os acordos ou pactos de convivência, trazendo questões existenciais no acordo, como forma de solução e prevenção de conflitos.

2. REVISÃO LITERÁRIA

2.1 PACTO ANTENUPCIAL

2.1.1 HISTÓRICO

Os pactos antenupciais integram o ordenamento jurídico brasileiro desde a colonização em decorrência do regime jurídico das ordenações portuguesas. Os relatórios históricos de pactos antenupciais partem dos instrumentos de esponsais regulando a promessa de casamento e o futuro patrimônio do casal (CARDOSO, p.100).

Embora tenham origem histórica comum, os institutos não se confundem. Os esponsais são arranjos para noivado ou promessa de casamento e o pacto antenupciais "surgiu como finalidade precípua de facultar aos nubentes a escolha de regime de bens" (KÜMPEL e FERRARI, 2021, p. 877).

Caso os nubentes não queiram adotar o regime supletivo, regime da comunhão parcial de bens, ou não sejam imposto o regime legal da separação de bens obrigatória, deve lavrar escritura pública de pacto antenupcial nos moldes do Código Civil:

> **Art. 1.640.** Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

> **Parágrafo único.** Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Em regra, a escolha do regime de bens é o legal, contudo, caso queiram adotar regime diverso, o instrumento obrigatoriamente deve ser feito por escritura pública para a sua validade, sob pena de nulidade do ato e sua eficácia fica condicionada a surtir os efeitos legais com o advento das bodas.

> **Art. 1.653.** É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

Os efeitos da escritura de pacto antenupcial seguida de casamento são *inter partes*, ou seja, o casal pactuante. Apenas surtirá publicidade plena e efeitos *erga ominis* quando o registro do pacto for alcançado do Oficial de Registro de imóveis do último domicílio do casal.

> **Art. 1.657.** As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

É certo que a escritura pode cumular cláusulas de noivado ou apenas quanto a adoção de regime de bens a ser adotado, inclusive, a possiblidade de pacto com regime híbrido, qual seja, estabelecer quais bens podem se comunicar.

Contudo, tem se debatido qual seriam os limites da autonomia da vontade privada, além das questões formais da habilitação e dos efeitos patrimoniais. O princípio da autonomia da vontade se expressa na possibilidade de que os nubentes escolherem as bases para as suas expectativas para o casamento. Essa autonomia não é absoluta, se encontrar entrave legal ou norma cogente, a autonomia da vontade não pode suplantar.

É possível incluir no pacto antenupcial, cláusulas de natureza não econômica. Embora classicamente se limite a estipular questões e efeitos patrimoniais, as restrições à autonomia da vontade se insere nas cláusulas que contrarie a lei, os bons costumes e a ordem pública: a) dispense o dever de fidelidade; b) prive um pai ou mãe do poder familiar; c) altere a ordem de vocação hereditária; d) inobservância do regime da separação obrigatória; e) estabeleça

dispensa de outorga uxória ou marital quando o regime impõe a obrigação. (DINIZ, 2007, p. 148).

A contrário sensu, o que não conflitar com a lei, aos bons costumes e não prejudicam os direitos e deveres conjugais, é permitido na esfera privada. "Não obstante, nada há no regime legal atinente aos pactos nupciais que obste a estipulação de cláusulas não econômicas", (KÜMPEL e FERRARI, 2021, p. 881) que são o alicerce das relações familiares.

Diante dos deveres do casal o Código Civil elenca expressamente alguns deveres que devem ser interpretados de modo a se encaixar dentro da sociedade pós-moderna e dos novos modelos de família, são eles:

> **Art. 1.566.** São deveres de ambos os cônjuges:
>
> I - fidelidade recíproca;
>
> II - vida em comum, no domicílio conjugal;
>
> III - mútua assistência;
>
> IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
>
> V – respeito e consideração mútuos.

Há doutrinadores que admitem por exemplo, a estipulação em pacto de estabelecerem moradias distinta, que isso não viola o dever de domicílio conjugal. Quanto a infidelidade, seria uma violação no qual não se poderia pactuar, contudo, se admitiria estabelecer uma indenização no caso de transgressão.

No que se refere a união estável, a constituição e a legislação infraconstitucional reconhecem a entidade familiar decorrente das uniões de fato, publicizada pelo princípio da aparência, cuja comunidade vê o casal se comportando como se casados fossem.

Os deveres são semelhantes aos do casamento, em que pese a discussão da distinção entre a lealdade e a fidelidade. Assim, estabelece o Código Civil:

> **Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família**.**
>
> **(...)**
>
> **Art. 1.724.** As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.
>
> **Art. 1.725.** Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

O direito de família tem passado por grandes transformações e merece um olhar mais apurado sobre questões existenciais que podem ser objeto de pacto antenupcial. Diante disso, e em sintonia como princípio da isonomia e não discriminação, é possível a mesma análise ser trazida para os pactos de convivência.

2.1.2 CONCEITO

O pacto antenupcial é um acordo prévio, lavrado por escritura pública no Tabelião de Notas ou no Consulado brasileiro que fica sob condição suspensiva, que dependente, para a sua eficácia, a realização do casamento. Tem por finalidade, regular questões principalmente patrimoniais e estabelecer o regime de bens, admitido cláusulas de questões extrapatrimoniais desde que o seu conteúdo (patrimonial ou existencial), não violem a lei, os bons costumes e a ordem pública.

2.1.3 NATUREZA JURÍDICA

A palavra pacto deriva do latim *pactum,* convencionar ajustar, fazer, tratado. Os romanos faziam distinção de pactos e contratos, neste há um sinalagma, aquele, não importa na existência de contraprestação. (SILVA, 1998, p. 582).

A natureza jurídica do pacto antenupcial é divergente. Há quem entenda ser um contrato sob condição suspensiva a evento futuro e incerto. Contrato são definidos como negócio jurídico fundado num cordo de vontade cujo fim é criar, modificar ou extinguir direitos,

havendo uma composição de interesses contrapostos.

Por outra banda, pactos ou acordos são fusões de interesses convergentes, ou seja, os interesses vão em uma única direção.

Ora, o pacto antenupcial com cláusulas patrimoniais ou extrapatrimoniais podem conter situação que denotam contratualidade, por exemplo, dispor que determinados bens se comuniquem ou não após o casamento e questões que convergem em um interesse comum, como por exemplo, a criação, educação dos filhos. Portanto, é mais razoável de pensar que o pacto antenupcial tem natureza jurídica sui generis.

Neste sentido, "o pacto antenupcial é um negócio jurídico de natureza especial, pois mistura regras do Direito de Família e do Direito das Obrigações". (MIRANDA, 1955, p. 229).

2.2 FAMILIA

A formação das famílias brasileiras, por força dos direitos fundamentais da igualdade e da liberdade tem recebido respeitável atenção da jurisprudência de nossas cortes superiores que reconhece a sua formação bem como o resguardo aos seus direitos, percebendo as diversas matizes na instituição das diversas espécies do gênero.

Com o advento da Constituição Federal se reforça a proteção à família pelo Estado e a sua não intervenção nas escolhas feitas pelos seus atores, reforçando pelos princípios da igualdade entre os seus componentes e a sua liberdade de escolha na sua formação e gestão do planejamento familiar, cabendo ao Estado propiciar meios educacionais e científicos para o exercício destes direitos.

No mesmo sentido, o Código Civil estabelece a proibição, por qualquer pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado de atuar com interferência na comunhão de vida instituída pela família, no viés da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na esfera privados (art. 1.513 do CC).

Ademais, o princípio fundamental Republicano da dignidade da pessoa humana, basilar do direito humano (artigo 1º, III da CF/88) é, em todo o texto constitucional, é replicado apenas no capítulo do direito de família, (art. 226, § 7º, da CF) como fundamento deste instituto, denotando a sua importância, além de expressamente declarar que "a família é a base da sociedade" (art. 226 da CF).

É inegável a importância deste instituto na ordem social, na expressão "a família é a base da sociedade", que sofreu mutação decorrente das diversas origens na sua formação e que reconhecidamente busca a felicidade individual de cada ator dentro da sua célula familiar, na fusão de células ou na separação delas.

2.2.1 DIREITO DE FAMÍLIA CONCEITO E CONTEÚDO

A doutrina clássica conceitua o Direito de Família, como ramo do direito civil concernentes as pessoas naturais, unidas pelo casamento, união estável, parentesco e institutos assistenciais e protetivos que tem conexão com o direito de família. (DINIZ, 2002, p.4). É direito das pessoas no âmbito doméstico que se projetam nos direitos e interesses patrimoniais e existências (extrapatrimoniais).

> É um complexo de normas que regulam a celebração, validade e efeitos do casamento, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a sua dissolução, a união estável, as relações com os filhos, o parentesco e institutos da tutela e curatela (DINIZ, 2002, p.3).

O conceito de família tem se tornado elástico em virtude do movimento da sociedade, da nova visão de valores éticos e morais que fundamentam as diversas ramificações dessas relações.

Em seus primórdios a formação da família era patriarcal, hierarquizada, consanguínea e matrimonializada.

> A palavra família deriva do latim, *famel,* (escravo, doméstico). No seu sentido restrito família compreende os cônjuges e sua progênie; no seu sentido lato, são todas as pessoas ligada pelo vínculo de consaguinidade (descendem de um mesmo tronco ancestral comum). No sentido constitucional, confunde-se com entidade familiar. Nos termos do

> Direito Civil é o vínculo de pessoas ligadas pela consanguinidade, afinidade ou, parentesco até os limites pré fixados em lei. (SILVA, 1998, p. 347).

O direito de família tem natureza jurídica de direito patrimonial ou personalíssimo, irrenunciável, intransmissível, não admitindo condição ou termo para o seu exercício. Em sua maioria são norma cogentes, de ordem pública insuscetível de derrogação pelo simples arbítrio. O vínculo entre os entes componentes da célula familiar é de direitos e deveres. É ramo de direito privado com forte interferência do Estado, através dos órgãos sociais que tutelam, devido sua importância social (DINIS, 207, p. 27).

2.2.2 PRINCÍPIOS

O direito de família tem valores próprios e a sua formação antecede ao próprio estado regulador e normativo destas relações. Dotado de sentimentos éticos, morais, cujos fatos sociais têm alterado profundamente sua razão de ser, existir e coexistir neste seio tão valorativo e basilar da sociedade.

Como causa primária do direito de família, os princípios são fontes norteadoras do instituto, com força normativa, que espelham a ideologia adotada, reflete a cultura social e jurídica de uma sociedade em um determinado momento histórico.

Dentre os princípios que guia, fundamenta e qualifica o direito de família temos:

A) Princípio do Afeto – *ratio* fundamental do direito de família para que as relações perdurem com a completa comunhão de vida, lealdade, fidelidade, convívio, auxílio, mutua assistência, sustento, guarda, educação dos filhos, respeito às pessoas e suas diferenças. Se por um lado o afeto é o principal elemento para formar famílias decorrentes de matrimônios e uniões estáveis, a sua falta é causa da extinção dessas relações, pois falta a cola para os sentimentos, expectativas e sonhos quebrados.

B) Igualdade jurídica dos cônjuges ou companheiros e a consagração do poder familiar – A Constituição Federal estabelece o princípio da igualdade (art. 226, § 6º); "com este princípio desaparece o pátrio poder e a autocracia do chefe de família", (DINIZ, 2007, p. 18) passando para o sistema do poder familiar, onde as decisões, direitos e obrigações são compartilhadas entre os cônjuges e companheiros. "O poder do marido é substituído pela autoridade conjunta e indivisa", (DINIZ, 2007, p. 18), há uma igualdade nas responsabilidades e de tomadas de decisão. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos, nos termos do artigo 1.567 do CC.

C) Igualdade jurídica dos filhos – Sem dúvida, o princípio da igualdade entre os filhos trouxe inestimáveis reflexos na ordem social, jurídica e econômica. Tem bases no preceito da dignidade da pessoa humana, da não discriminação entre os filhos, independentemente da origem biológica, volitiva ou afetiva. A igualdade é uma métrica que se anseia de modo que, em certas circunstâncias, para ser alcançada, é preciso tratamento diferenciado para que haja igualdade material dos indivíduos.

O direito pátrio não admite "nenhuma distinção entre os filhos legítimos, naturais, adotivos" (DINIZ, 2007, p.21), nem os socioafetivos, proibindo que conste nos assentos de nascimento de filhos o estado civil dos pais, denotando a irrelevância da relação entro os pais para o assento no registro Civil das Pessoas Naturais. Tão pouco, as certidões poderão constar dados sensíveis, como origem de filiação por adoção, reconhecimento posterior da paternidade, nem mesmos a vetusta legitimação pelo casamento dos pais, incidindo verdadeira mitigação ao princípio da publicidade registral.

Com a formação dos novos modelos de família especialmente no que se refere a multiparentalidade, inegavelmente, o princípio da igualdade é via de mão dupla, pois tanto se aplica aos filhos socioafetivos quanto ao pai ou mãe socioafetiva, ou seja, não qualquer distinção, hierarquia, classe ou classificação de direitos e deveres.

D) Pluralismo familiar – A Constituição Federal abrange expressamente a família matrimonial, as monoparentais e união estável. Implicitamente, em seus preceitos

fundamentais, notadamente da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, pluralismo, não discriminação, novas formas de instituição de família se formam, a exemplo: anaparental, extensa, substituta, homoafetiva, socioafetiva, mosaico, eudemonista e multiespécie), com previsão em leis esparsas como o Estatuto da criança e do adolescente, bem como por uma construção jurisprudencial.

A hermenêutica do texto constitucional e interpretação conforme o seu espírito é possível extrair o verdadeiro significado da norma, ressignificando o conteúdo e o sentido do texto e sua aplicação. O interprete, para realização de sua tarefa, deve analisar os diferentes significados possíveis da norma e indagar-se qual deles é o mais exato (MORAIS, 2004, p. 100).

Neste sentido, a Suprema Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, por unanimidade, reconheceu como núcleo familiar as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres com fundamento no preceito constitucional da igualdade, liberdade, dignidade humana e o seu projeto de felicidade. Segundo o Ministro Luiz Fux, "o conceito de família só tem validade se privilegiar a dignidade das pessoas que a compõem, e somente por força da intolerância e do preconceito se poderia negar esse direito a casais homossexuais".

Os fundamentos da decisão foram: a Constituição não limita as formas de constituição de família; não há vedação expressa pelo Código Civil da possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo. Se o preceito constitucional acerca da união estável "entre o homem e a mulher", foi interpretado como sendo exemplificativo, todo o ordenamento, assim deve interpretaras; a função do Poder Judiciário de proteger as minorias, diante da ausência de lei que proteja a família homoafetiva (SIMÃO, 2014, p. 65).

De outra banda, as Cortes Superiores não têm admitido uniões paralelas, poligâmicas ou poliafetivas como espécie de família. "A monogamia é um valor socialmente consolidado, historicamente construído e legalmente disciplinado" (SIMÃO, 2014. P. 75). A diferença básica

é que nas relações poliafetivas todos têm ciência e convivem naturalmente, já nas uniões paralelas, os relacionamentos são clandestinos, sem o conhecimento do outro cônjuge ou companheiro. Ressalta-se que neste último caso a jurisprudência tem considerado proteção ao cônjuge ou companheiro de boa-fé e a proteção dos filhos, além de, provado o esforço comum na aquisição de bens, a participação nos aquestos. Contudo, não reconhece como núcleo familiar.

E) Liberdade – a Constituição Federal, estabelece a proteção do Estado à família e a sua não intervenção nas escolhas dos sujeitos da célula familiar, reforçando assim o princípio da igualdade entre os componentes familiares e a sua liberdade de escolha na formação e gestão da família. No planeamento familiar, ao Estado cabe a responsabilidade de fornecer meios educacionais e científicos para exercer esses direitos. Ademais, o Código Civil proíbe a intervenção de qualquer pessoa interfira na esfera privada da família (artigo 1.513 do CC); é livre a aquisição e administração do patrimônio familiar (art. 1642 e 1643 do CC); liberdade na formação educacional, cultural e religiosa dos filhos (art. 1634 do CC).

F) Dignidade da pessoa humana - Apõe a doutrina, diante do valor jurídico da dignidade humana "tal proteção se triparte em três aspectos que compõe a ideia de inviolabilidade da pessoa humana, quais sejam: o físico, o moral e o intelectual" (KÜMPEL E MODINA, 217, p.166).

Por um lado, a doutrina se agrada da evolução das famílias menos organizadas e hierarquizadas, fundando-se cada vez mais na afeição. Por outro, fala-se em crise da família pelo desaparecimento da organização patriarcal, substituição da autoridade parental pela estatal, que intervém cada vez mais na família, relações numéricas de grupos familiares, enfraquecimento da direção interna da família, diminuição de coesão familiar, possibilidade do divórcio direto (DINIZ, 2007, p. 22).

A família é um organismo natural metamorfo e o princípio da dignidade da pessoa humana é uma garantia ao pleno desenvolvimento dos seus atores consanguíneos, voluntários ou afetivo.

2.2.3 ESPÉCIES DE FAMÍLIA

A família é um instituo orgânico que vem sofrendo mutações nas últimas décadas para atender aos princípios inerentes à pessoa, a forma de ser e existir em seu seio e perante a sociedade contemporânea.

Atualmente, a doutrina e jurisprudência têm tratado de questões de diversas espécies de família que aqui elencamos, sem intenção esgotar o estudo:

A) **Matrimonializada** – família tradicional que se forma através do casamento

B) **União estável** – famílias formadas por situação de fato em um comportamento constante e duradouro e aparência de casados.

C) **Monoparental** – família natural, compostas por um pai ou mão e seus filhos.

D) **Anaparental** – espécie de famílias extensa desenvolvidas sem os pais (genitores ou afetivos), geralmente pelos irmãos, mas pode se formar por pessoas sem parentesco.

E) **Extensa ou ampliada** – são famílias que se estende para além dos pais e filhos, formadas por parentes próximos com a criança ou adolescente.

F) **Substituta** – são as que recebem a criança ou adolescente na impossibilidade de ser acolhida pela família natural, para a qual o menor deve ser encaminhado de maneira excepcional, através da guarda, tutela e adoção.

G) **Homoafetiva** – família consagrada pelo princípio da igualdade, dignidade humana e na busca da felicidade entre pessoas do mesmo sexo.

H) **Heteróloga** – famílias que se forma pela doação de material genético distinto do casal.

I) **Socioafetiva** – família baseada no afeto e na convivência pelo princípio da aparência e com comportamento de posse do estado de filho.

J) **Mosaico** – composta por pessoas que tiveram relacionamentos e filhos anteriores e a eventual prole comum.

K) **Eudemonista** – a busca individual pela felicidade cujos membros convivem com laços de afeto e solidariedade vivenciando um processo de bem-estar e autonomia dos seus membros.

L) Multiespécie – famílias que desenvolve a simbiose do amor e consideração entre os humanos e aos seus pets. É necessário que os pets sejam considerados membros da família.

Diante das inúmeras espécies aqui apresentadas, é possível concluir que as famílias brasileiras são heterogêneas em sua formação e modo de se desenvolver.

2.2.4 CARACTERES DA FAMÍLIA

O direito de família abarca todas as espécies de família

A) Biológico – formada por agrupamento natural, genético

B) Psicológico – unidos por sentimentos de amor e espiritualidade

C) Econômico – auxílio na realização material, patrimonial e ajustes de colaboração mútua para melhor e maior conforto ao acesso aos bens de consumo.

D) Religioso – vínculo moral, de fé que influencia a harmonia familiar. Fortemente influenciada pela comunidade cristã nas suas diversas ramificações.

E) Político – base da sociedade cujos componente exercem o pluralismo de forma ampla, participando efetivamente nas escolhas da vida individual e do grupo social, para o implemento de políticas públicas, além de formam em dos elementos do Estado (povo).

F) Jurídico – normas jurídicas que regulam a estrutura orgânica da família e sua adequação dinâmica às realidades no tempo e nos valores éticos e sociais.

2.2.5 PARENTALIDADE

Parentesco, "deriva do latim *parentatus,* de *paren*," (SILVA, 1998, p. 588), que exprime a relação jurídica entre pessoas decorrente de fato jurídico natural ou ato jurídico solene.

Contemporaneamente, parentesco é "o vínculo jurídico familiar que liga duas pessoas, relacionadas por um fato jurídico, natural, volitivo ou sociológico". (KÜMPEL E MODINA, 2017, p. 470).

Fato jurídico "é todo acontecimento natural ou humano que determine a ocorrência de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de direito e obrigações na órbita do direito" (GAGLIANO E PAMPLONA, 2007, p. 293). A classificação tem por base o ser humano, destinatário da norma jurídica e agente de sua aplicação (GAGLIANO E PAMPLONA, 2007, p. 295).

Fato jurídico em sentido estrito natural ordinário apto a criar laços de parentesco decorre do nascimento da pessoa humana, no qual não há manifestação de vontade; já, os **fatos jurídicos volitivos** são os decorrentes de **atos jurídico solenes** do qual há manifestação de vontade e os resultados ou consequências que derivam da própria lei, nos eventos de adoção e casamento;

Tratando-se de fatos jurídicos psicológicos ou socioafetiva, o afeto e a posse do estado de filho ocorres a situações fáticas onde se constrói com o convívio e ações objetivas que se perdura no tempo. É o sentir e comportar efetivo de posição de pai, mãe ou filho. (KÜMPEL E MODINA, 2017, p. 470).

A Constituição Federal trouxe importante e necessária mudança nas relações familiares e no princípio da isonomia entre os filhos. De fato, a consaguinidade é uma importante concepção do parentesco, contudo, sob o prisma constitucional, não é a única forma, pois não há distinção entre filhos biológico, adotivo ou socioafetivo.

Aliás, a jurisprudência tem aplicado o princípio da isonomia ou igualdade entre os pais, de modo que não há hierarquia entre os pais biológicos ou socioafetivos, portanto, entender de modo contrário seria estabelecer paternidade de primeira e segunda classe.

2.2.6 MULTIPARENTALIDADE

A multiparentalidade pode ser conceituada em sentido amplo em reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de que uma pessoa tem mais de um vínculo parental paterno ou mais de um vínculo parental materno. É neste sentido amplo que o fenômeno geralmente é estudado no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, Tema 622, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

No Tema 622 o Supremo reconhece o vínculo familiar da socioafetividade e possibilita, pela via transversa o fenômeno da multiparentalidade, ou seja, a coexistência simultânea de vínculos biológicos e socioafetivo entre pais e filhos, podendo abranger mais de uma mãe ou mais de um pai.

Essa forma de família, “quando passa a realizar e concretizar a afetividade humana, ela desloca as funções econômica, política e religiosa para a afetiva, para determinar a repersonalização das relações civis, que valoriza mais o interesse humano do que as relações patrimoniais, em que a pessoa humana está no centro do Direito, no lugar do patrimônio” (CASSETARI, 2015, p. 28).

Possibilita a inserção de novos vínculos no registro civil, sem excluir os anteriores. Pode haver a filiação registral com a afetiva concomitantemente e daí todos os reflexos, inclusive os sucessórios, já pacificado pela jurisprudência que, a princípio, não admitia o direito de sucessão do patrimônio. A par do consolidado, cria-se mais um tronco na linha de descendência como na ascendência e consequentemente, ramificação para a linha colateral até o quarto grau de sucessão.

Não está claro as proporções na sucessão de ascendentes no caso de multiparentalidade, questão conflituosa que chegará em breve aos nossos tribunais de sorte que é prudente estabelecer repercussão na matéria, se haverá quantificação equivalentes e igualitárias para cada tronco, quer seja pai(s) ou mãe(s), ou se subirá linhas paternas e maternas.

Pelo vislumbrado no princípio da isonomia entre os pais e a igualdade entre deveres e direitos, um caminho parece mais evidente, conforme previsto no artigo 1.829 do CC, contudo, a academia deve debater com mais afinco essas questões na busca de dirimir futuros conflitos.

Na multiparentalidade, o fato é que não importa se o pai registral é o afetivo e o pai biológico reconhece a paternidade ou se opai registral é o biológico e o reconhecimento da paternidade é afetiva. Todas essas figuras implicam em plúrimas relações de parentesco, campo fértil para os problemas no exercício da autoridade parental.

2.2.7 AUTORIDADE PARENTAL

É preciso depurar o instituto da parentalidade e as nuances do exercício da autoridade parental face essa moderna família horizontalizada, onde todos são atores principais, a busca pela felicidade individual se desponta, os pais se preocupados em não contrariar os filhos, incapazes de resolver os conflitos familiares sobre um direito e dever intransferível.

Dispõe do Código Civil Brasileiro:

> Art 1634 – Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
>
> I – dirigir-lhes a criação e educação;
>
> II –tê-los em sua companhia e guarda;
>
> III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
>
> VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios da sua idade e condição.

O dever de criar, educar e prover de todas as necessidades para com os filhos, é, em contrapartida, um direito de pleno exercício dos pais. Assim "como imaginar que os pais, preocupados em não limitar, nem contrariar a prole e, ainda, ocupados com a realização dos próprios projetos, exerçam a autoridade indispensável ao desenvolvimento e educação de um ser humano?" (PACHÁ, p. 15).

Estabelecer limites, impor regras, passar valores dever da família que tem o dever de zelar pelo pleno desenvolvimento da pessoa humana e prepara-lo para situações que trazem angustia, depressão, dissabor.

Neste cenário é preciso o equilíbrio para o convívio com amor, atenção, respeito, solidariedade, mas, sobretudo, estabelecer regras de convívio, diálogo para soluções de problemas que surgirão ao longo da vida comum.

As questões ficam mais sensíveis quando os envolvidos estão em um convívio de multiparentalidade e das famílias mosaico, cujas funções e limites de autoridade podem não estar estabelecidas provocando conflitos quer sejam judiciais ou extrajudiciais.

Em que pese o entusiasmo e relevância do instituto e até mesmo em razão desta importância, existem consequências necessária a ser dada atenção, especialmente questões de justiça distributiva. Por um lado, há casos de superparentalidade, por outro, a situação jurídica de subparentalidade, nos casos de paternidade não estabelecida. (KÜMPEL, 2017, p. 491).

3. METODOLOGIA

O presente trabalho de natureza explorativa, adota uma abordagem empírica, sistemática, baseado em publicações de livros, revistas, recursos eletrônicos doutrinários e jurisprudenciais publicados.

O tema partiu de uma discussão acadêmica em aula de mestrado da Uniara e mostrou-se palpitante e de efeitos concretos na atividade extrajudicial com reflexos na redução de conflitos. Após a definição do tema e a realização de um levantamento bibliográfico preliminar foi elaborado um sumário provisório com intuito de abordar apenas temas atinentes a pesquisa, analisando o problema e definindo a utilização do método.

A pesquisa científica como o caráter de investigar, responder ou explorar questões relacionadas as questões do direito de família, forma de constituição nas suas diversas facetas, princípios específicos e toda a sensível problemática destas relações que lotam o Poder

Judiciário de processos, de questões patrimoniais e existenciais.

A consultadas de diversas fontes acadêmicas são complementadas com os casos frequentemente percebidos no dia a dia da atividade registral e notarial, na habilitação de casamento de pessoas que tiveram ou não relacionamentos anteriores, reconhecimento de paternidade biológica ou socioafetiva, alteração de patronímicos, divórcio, entre outros que merece adequada orientação.

Foi possível mapear na Serventia Notarial e Registral Civil das Pessoas Naturais do Município de Cajati, uma breve análise de situações práticas, bem como na pesquisa documental selecionada que puderam auxiliar e reforçar a importância de que os futuros cônjuges ou os companheiros possam estabelecer bases sólidas para a formação de família.

Com base nesta análise e mapeamento do problema foi na elaborado um documento (anamnese), no qual servirá de suporte para um produto técnico de uma cartilha que auxiliarão os nubentes ou companheiros que queiram praticar um ato notarial de pacto antenupcial ou Escritura de convivência. A cartilha auxiliará os Notários nas perguntas que poderão ser objeto do pacto ou escritura, bem como aos Registradores Civis que poderão orientar acerca da possibilidade de elaboração de tal documento.

Trabalho relacionado com a questão de investigação, de forma clara, objetiva com método aplicado à pesquisa bibliográfica que dá suporte ao texto final.

4. RESULTADOS

Como resultado da pesquisa, foi possível perceber que o objeto dos pactos antenupciais no Brasil é, em quase sua totalidade, apenas para delimitar o regime de bens. Contudo, o que mais impacta o judiciário no direito de família são questões existenciais, sentimentos e interesses ocultos que nunca foram ditos, falta de falar ou antever o conflito futuro. Questões pequenas que podem se tornar insuportáveis pela falta do diálogo e transferência da solução a um terceiro, Estado Juiz.

Tem-se a tarefa de trazer para academia o questionamento e a discussão sobre da possibilidade de alteração das cláusulas extrajudicialmente pelo mesmo modo previsto na lei, através de escritura de pacto, sem a necessidade de manifestação do poder judiciário, tão pouco o parecer do Ministério Público, haja vista, não prejudicar direito de terceiros e da não intervenção estatal no modo de formar e de ser das famílias.

Em seu anexo, se propõe um questionário modelo, longe de ser exauriente, para que o casal reflita, escolha e pactuem no instrumento, as bases para constituição desta nova família.

O referido trabalho poderá ser base para um parecer com o objeto de alteração das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça do Conselho Nacional de Justiça, bem como, poderá orientar as demais Corregedorias Estatais.

5. DISCUSSÕES

5.1 QUESTÕES EXISTENCIAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Existem assuntos que são afetos ao direito de família e que têm sido objetos de disputas e conflitos judiciais, transmitindo ao Poder Judiciário a obrigação de decidir questões que de longe é o melhor para a família.

A família contemporânea está em uma transição econômica, social, cultural cujos atores não se encontram dispostos a pensar nas soluções que melhor se adeque, pois, tais soluções requer entrega, restrições, sacrifícios para uma melhor convivência no grupo.

Visivelmente se percebe a ocorrência de uma evolução positiva, especialmente quanto aos princípios norteadores da igualdade entre os filhos, da igualdade entre cônjuges ou companheiros, consagração do poder familiar, liberdade na condução, criação, educação dos filhos, dignidade das pessoas que compõem a família, muito se perdeu da estrutura tradicional.

A correria, trabalho, luta pela sobrevivência, custos altos pelos bens de consumo e subsistência, uma educação pública aquém do mínimo ideal, sistema de saúde, embora

louvável, mas que não atende as demandas, entre outras questões, provocam stress, tristeza, fúria, desequilíbrio e falta de diálogo, especialmente o exercício do ouvir, ser ouvido e conduzindo a conversa de forma produtiva e racional.

Na estrutura clássica das famílias hierarquizada, cujo *pater poder* era exercido pelo chefe da família, cujas questões, soluções ficavam a seu cargo. Naquela estrutura não havia diálogo, mas a imposição de uma vontade patriarcal. Na estrutura contemporânea, outros fatores prejudicam o diálogo. É visível que a matriarca e os filhos ganharam voz. Contudo, em muitos casos, se percebe a dificuldade de condução do diálogo entre os entes das diversas famílias brasileiras.

As pessoas não têm mais paciência para sequer conversarem, calam-se ou jogam o conflito para que um terceiro decida.

> Diante das dificuldades para estabelecer limites e impor regras, pais têm procurado o Judiciário para exercer poder intransferível, porque inerente ao âmbito familiar, e o Judiciário não pode, sob pena de violar o princípio constitucional do respeito à privacidade, interferir em conflitos que decorrem dessas angústias (PACHA, p.26)

Não é razoável deixar ou pretender que outro decida o modo como criar e educar os filhos, como será o convívio com os demais parentes, especialmente quando se está diante de convívio com pessoas de relações passadas e filhos destas relações, diante deste direito e dever intransferível.

5.2 PARENTALIDADE E O EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL

O exercício dos direitos parentais pertence a todos os pais em pé de igualdade, sem distinção de gênero ou qualquer discriminação para o pleno exercício do poder familiar, inclusive, a par dos filhos menores, não perde tal o pai ou mãe que contrai novas núpcias ou união estável, nem tão pouco, transfere tal poder familiar ao novos cônjuges ou companheiros, é o que se extrai do Código Civil, (art. 1.636 do CC).

Numa situação de multiparentalidade, o problema fica mais sensível cujo número de

pais pode levantar maiores objeções, tais como: a) a conceção de emancipação voluntária pelos pais que se requer a concordância de todos, do contrário se impõe a via judicial; b) autorização para o filho menor com 16 anos completos casar ou constituir união estável formalmente instrumentada; c) representação e assistência, na prática da vida civil e processual; d) administração do usufruto (usar, fruir, administrar e possuir) dos bens dos filhos menores; e) dever de prestar alimentos; f) curadoria de bens do ausente; h) guarda; direito de herança. KÜMPEL e FERRARI, 2017, p. 491).

Para os pais, independentemente da situação de ambos os pais, havendo conflito, recomenda-se mecanismos extralegais de resolução de conflitos. A judicialização deve ser considerada como última alternativa, não sendo possível outro meio.

5.3 PACTO ANTENUPCIAL DE QUESTÕES EXISTENCIAIS COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DE CONFLITO

O pacto antenupcial é um instrumento público lavrado perante o Tabelião de Notas, agente dotado de fé pública que pratica o ato com publicidade, autenticidade, segurança e eficácia jurídica. No referido instrumento, os nubentes expressam a sua manifestação de vontade, essencialmente quanto ao regime de bens que pretende estabelecer para o patrimônio do casal, por ocasião das núpcias.

Ocorre que, existem questões que fogem do espectro patrimonial em que os casais pretendem necessitam dar norte. Questões especificamente do modo de ser existir e coexistir entre os entes formadores desta célula familiar, que dizem respeito apenas a eles e que fogem da competência estatal de dizer o que é melhor para eles.

Ressalta-se que deve haver convergência de interesses e por isso o que for de comum acordo poderá ser instrumentalizado o pacto e o que for divergente poderá ser resolvido posteriormente.

É possível que algumas questões sejam sensíveis ou o casal não queiram discutir ou decidir naquele momento da feitura do instrumento, mas é importante que o Tabelião esteja

preparado para atuar na sua função orientadora e aplicar a juridicidade ao caso concreto, por isso, deve atender as partes em um ambiente reservado, procurar deixar as partes confortáveis, captar os interesses ocultos para melhor captar os reais objetivos.

A formação destas famílias que decorrem do casamento ou mesmo as que em virtude de Escritura declaratória de União Estável. É perfeitamente possível estende aos acordos ou pactos de convivência, de sorte que os conviventes também podem, além de declarar a existência de uma união pública, duradoura com o fim de constituírem uma família, também estabelecerem regras, modo e em que bases esta família irá se estabelecer.

Desta feita, é possível orientar que se a nubente ou companheira encontra-se em estado gravídico o nubente ou companheiro pode já declarar a paternidade no próprio instrumento, pois não é incomum o falecimento do pai antes do nascimento da criança, facilitando a prova na via judicial se a criança nascer com menos de 180 dias após a lavratura do ato. Se acriança nascer após estes 180 dias no caso da união estável ou no caso de não ter ainda realizado o casamento, aplica-se a presunção de paternidade do artigo 1.597 do CC.

Outra questão que não é incomum é o fato de haver rompimento dos esponsais (noivado) e a possibilidade de danos materiais e morais é possível já deixar estabelecido indenização e o quanto. Neste mesmo sentido são as indenizações pela quebra dos deveres de lealdade e fidelidade.

Além disso, em caso de residências distintas em virtude de trabalho, cuidados de pessoa da família, estudos, entre outros fatores é possível já haver manifestação da discordância ou concordância, e por quanto tempo, bem como, a possibilidade de acompanhar o cônjuge ou companheiro, ou quais seriam as razões para a discordância. Ex: escola crianças, tratamentos médicos, convívio familiar ou outro motivo.

Um ponto muito comum e de grande importância é o casal estabelecer se pretender ter filhos e quantos. Se haverá procedimento de esterilização no caso de atingir o número de filhos e quem fará. Quanto a educação dos filhos o casal tem já concebido que tipo de método

educacional para os filhos.

A religião pode ser um fator que pode aproximar a família ou gerar "discórdia", portanto, é importante que fique claro se o casal segue uma religião ou se são divergentes. Se pretendem instruir os filhos em uma ou outra, ou se apresentarão ambas para que no futuro o filho escolha. Havendo divergência quanto a conceitos, procedimentos é preciso que o casal pense como adotarão procedimentos para conviver com realidades diferentes.

Uma peculiaridade no direito das famílias é que é possível já se estabelecer por escritura pública, no caso de falecimento de ambos, o casal nomear um tutor para os filhos menores. É razoável e oportuno se pensar, neste momento do pacto, que se possa nomear um tutor, pois estas decisões facilitam para o Judiciário homologar a vontade dos pais, afinal eles conhecem melhor a pessoa que nomeará. Evidentemente que, no caso prático e nas peculiaridades específicas, o Juiz, no melhor interesse da criança poderá decidir de forma diversa.

Mas nada traz mais buchichos do que a multiparentalidade. Se um ou ambos já tiveram relacionamentos anteriores é preciso traçar linha claras e assertivas porque o conflito é tão certo quanto o sol nasce ao amanhecer. Se há filhos das outras relações, como é o relacionamento e se precisa fazer algum ajuste, tais como: procurar auxílio de uma autoridade religiosa, pedagógica, ou de quem auxilia na formação de algum círculo de construção de paz (Circulo restaurativo), ou fazer terapias.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família contemporânea sofreu mutação nas últimas décadas, de forma positiva frente aos princípios da igualdade, liberdade e busca da felicidade.

A estrutura clássica das famílias hierarquizada, patriarcal e matrimonializada perde espaço para as diversas formas de constituição de família, e a jurisprudência, acertadamente,

amplia o arcabouço, abarcando situações sociais que até então estavam à margem.

Em decorrência deste movimento, os atores do organismo familiar se ramificam e aumentam as relações de parentalidade, campo fértil para o conflito, vez que cada indivíduo temo direito de ser e pensar diferente. Assim, é preciso refletir sobre o diálogo e nas suas formas de prevenção de conflitos.

Neste viés, precisamos ressignificar o pacto antenupcial entre os nubentes e o pacto de convivência entre os conviventes, diante da natureza sui generis, para abarcar questões existenciais que irão dar bases e direcionamento para a família, desde que não contrarie a lei, a moral e bons costumes.

Neste caso, sendo assunto de natureza privada, que não prejudicam direito ou interesses de terceiros, as cláusula poderão sofrer revisão, serem aditadas ou repactuadas conforme os interesses dos pactuantes, inclusive, sem a necessidade de ir para a via judicial, especialmente porque lavrada perante o Tabelião de Notas, profissional do direito, investido de fé pública e com atribuição de redigir e dar forma legal à vontade das partes, orientando e confeccionando tais documentos e dando forma autentica, com eficácia, segurança e publicidade.

REFERÊNCIAS:

_____https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635 acesso em 09/10/2023.

C. CASSETAL, Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva - Efeitos Jurídicos, 24 ed., São Paulo, Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro. Direito de Família. Vol 5º,18ª ed., Saraiva: SP, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. Novo curso de direito civil. Parte Geral, Vol I, 9ª ed., Saraiva:SP, 2007.

KÜMPEL, Vitor Frederico; Carla Modina Ferrari. Tratado notarial e registral. Vol II, 1ª ed., São Paulo: YK Editora, 2017.

KÜMPEL, Vitor Frederico; Carla Modina Ferrari. Tratado notarial e registral. Vol II, 2ª ed., São Paulo: YK Editora, 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva 2008.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. v.8. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955

MORAES, Alexandre de. Constituição *do Brasil interpretada*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004

PACHÁ, Andréa Maciel. Família do Século XXI. Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 12.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 14ª ed. Rio de janeiro: 1998.

SIMÃO, José Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco. Revista brasileira de direito civil, vol 2. 2014.

ANEXO

ANAMNESE:

Ressaltando que aqui deve haver convergência de interesses e por isso o que for de comum acordo irá para o Pacto e o que for divergente poderá ser resolvido posteriormente.

A nubente/companheira neste momento encontra-se em estado gravídico? Já quer deixar por escrito o reconhecimento da paternidade?

Em caso de rompimento do laço afetivo (ex: rompimento de noivado), já deixará estabelecido indenização? Quanto?

Em caso de trabalho de um dos cônjuges/companheiros em outra localidade mais distante que importem significativo nível econômico, social, estabilidade (concurso público por exemplo) o outro considera acompanhar o cônjuge/companheiro?

Em caso negativo, qual seria o motivo ponderado divergente? Ex: escola crianças, tratamentos médicos, convívio familiar, outro.....

O casal admite, em algum momento, temporariamente, terem residências distintas?

Por qual motivo?

Por quanto tempo?

O casal pretende ter filhos?

Quantos filhos?

Caso cheguem ao número de filhos haverá procedimento de esterilização?

Quem fará?

Em caso de falecimento de ambos o casal gostaria de já nomear um tutor?

Quanto a educação dos filhos o casal tem já concebido que tipo de método educacional para os filhos?

Tradicional.

Construtivista.

Montessoriano.

Waldorfiano.

Sócio-interacionista.

Outro...

Quanto a religião, o casal já têm uma que segue?

Qual ou quais?

Pretendem instruir os filhos em uma?

Em caso de religiões diversas pretendem que os filhos sigam uma ou apresentarão ambas para que no futuro o filho escolha?

Havendo divergência quanto a conceitos, procedimentos como adotarão para conviver com realidades diferentes?

Em caso de rompimento dos deveres de lealdade e ou fidelidade, já deixará estabelecido indenização? Quanto?

Nas questões de multiparentalidade, o Casal já teve relacionamentos anteriores?



Tem filhos de outras relações?

Como é o convívio com os filhos e ex-conjuges ou ex-companheiros?

E o relacionamento com os filhos?

Caso existam desacerto nestes relacionamentos, o casal aceita fazer terapias, procurar auxílio de uma autoridade religiosa, pedagógica, participar de algum círculo de construção de paz (Circulo restaurativo)?

No caso de multiparentalidade, como será eventual decisão dos pais sobre:

Emancipação de filhos

Autorização para casamento de filhos

Representação e assistência do menor

Administração de usufruto dos bens do menor

Alimentos

Guarda

Direito de herança

No caso de infertilidade os nubentes/companheiros têm interesse em reprodução assistida? Homóloga ou Heteróloga?

Outras questões que deseja inserir...

O CONTEXTO JURÍDICO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: VIRTUDES E DESAFIOS IDENTIFICADOS NA LITERATURA

ANDRIOTI, Jonne Fred[1]
RISTER, Carla Abrantkoski[2]
TENÓRIO, Valquíria Pereira [3]

Neste artigo, aborda-se o paradigma emergente da justiça restaurativa no contexto jurídico, visando elucidar sua essência teórica e prática, bem como avaliar sua eficácia e os desafios éticos subjacentes. Adotando a abordagem da revisão integrativa da literatura, a pesquisa baseou-se em uma busca estratégica de fontes, triagem e análise interpretativa. A justiça restaurativa, como um contraponto à tradicional retribuição, promove a reparação e a restauração das relações afetadas por conflitos, adquirindo destaque em diversos contextos, desde a educação até o sistema penal. A problemática central consiste em compreender a definição e o alcance da justiça restaurativa, explorando sua aplicabilidade em diferentes cenários e examinando os dilemas éticos inerentes à sua implementação. A metodologia qualitativa permite uma análise profunda e contextualizada, consolidando informações dispersas para proporcionar uma visão abrangente do tópico. Conclui-se que a justiça restaurativa não apenas transforma e restaura relações, mas também promove uma abordagem ética, superando o sistema retributivo tradicional. Este estudo contribui para debates acadêmicos e práticas no campo do direito e gestão de conflitos, proporcionando uma visão holística do campo e insights valiosos para aplicações futuras..

Palavras-chaves: Justiça Restaurativa; Gestão de Conflitos Jurídicos; Ética na Justiça Restaurativa; Eficácia da Justiça Restaurativa; Desafios da Justiça Restaurativa no Direito;

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Mestrando em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade De Araraquara – UNIARA. E-mail: jfandrioti@gmail.com
[2] Pós-Doutora em Direito Público pela Universidad de Santiago de Compostela - Campus Santiago, USC. E-mail: carlarister@gmail.com
[3] Doutora em Sociologia, UFSCar, IFSP Matão. E-mail: valquiriatenorio@ifsp.edu.br

1 INTRODUÇÃO

No cenário atual da gestão de conflitos, destaca-se um paradigma significativo: a justiça restaurativa. Este enfoque propõe ir além da tradicional retribuição, visando à reparação e restauração das relações afetadas por discordâncias ou violações (cf. Zehr, 2002; Achutti, 2013; Leida; Castro, 2018; Lima; Boneti, 2018). Apesar de sua relevância, percebe-se que esta abordagem, em sua contemporaneidade, ainda está sujeita a um refinamento meticuloso e aprimoramento (cf. Lima; Boneti, 2018; Basilio, 2019).

Ao aprofundar-se nesse paradigma peculiar, torna-se evidente que a justiça restaurativa tem encontrado aplicação em uma variedade de contextos (cf. Carvalho; Achutti, 2021). No âmbito educacional, por exemplo, se manifesta como uma ferramenta promissora para inculcar uma cultura de respeito e diálogo (cf. Morrison, 2007). Paralelamente, no contexto jurídico, o surgimento da mediação penal aponta para uma mudança em direção a métodos mais humanizados de abordagem de conflitos (cf. Martins; Vale-Dias, 2022; Umbreit; Armour, 2010; Carvalho; Achutti, 2021). Isso suscita uma indagação relevante: qual é a verdadeira definição e alcance da justiça restaurativa em termos teóricos e práticos?

Embora a literatura atual aborde a justiça restaurativa em seus diversos aspectos, identifica-se uma lacuna no que diz respeito à compreensão integrada de sua aplicabilidade em diferentes contextos e dos dilemas éticos subjacentes (Schilling; Kowalewski, 2021; Carvalho et al., 2023; Leida; Castro, 2018; Rosenblatt et al., 2022; Monteiro, 2021; Achutti, 2013; Johnstone; Van Ness, 2007).

Assim, a problemática central deste ensaio consiste em esclarecer a essência da justiça restaurativa, avaliando sua eficácia em ambientes diversos e os desafios éticos inerentes à sua implementação. Este artigo inova ao argumentar que a justiça restaurativa, quando devidamente contextualizada, não apenas possui o potencial de transformar e restaurar relações, mas também de promover uma abordagem ética, superando o sistema retributivo clássico (Sherman; Strang, 2007; Maraviesk, 2021; Musse, 2021; Carvalho et al., 2023).

É importante salientar que, para aprofundar a investigação da problemática proposta e atingir uma compreensão abrangente, esta pesquisa adota a abordagem da revisão integrativa da literatura. Essa metodologia permite uma análise criteriosa e sistemática de uma variedade de fontes de conhecimento, consolidando informações dispersas para fornecer uma visão aprofundada do tópico em análise. A coleta dos materiais selecionados ocorre por meio de uma busca minuciosa em bases de dados acadêmicas e científicas relevantes.

Inicialmente, um processo de busca estratégica foi executado na base de dados do Google Scholar, que abrange um amplo espectro de literatura acadêmica. A pesquisa é conduzida com termos-chave específicos relacionados à justiça restaurativa e suas implicações jurídicas e éticas. São identificados artigos científicos, teses, dissertações e outros documentos acadêmicos que abordam diretamente o tema em análise. Uma vez coletados os materiais, é realizado um processo de triagem e seleção para identificar os estudos mais relevantes e significativos para a pesquisa.

Os critérios de inclusão baseiam-se na pertinência direta ao escopo da investigação, bem como na atualidade e qualidade das fontes. Após essa seleção, as fontes escolhidas são submetidas a uma análise crítica e interpretativa, de onde são extraídas informações pertinentes à eficácia, aplicabilidade, virtudes, restrições e fundamentações éticas da justiça restaurativa.

A abordagem metodológica qualitativa adotada nesse estudo possibilita uma imersão profunda nas informações coletadas, permitindo uma compreensão enriquecedora das nuances e complexidades envolvidas na justiça restaurativa. A análise interpretativa das fontes, aliada à fundamentação teórica presente na literatura, contribui para a construção de uma análise robusta e contextualizada sobre o tema.

Dessa forma, a combinação da abordagem integrativa da literatura, a busca estratégica de fontes relevantes e a análise qualitativa minuciosa dos dados coletados garante a credibilidade e a solidez da metodologia utilizada nessa pesquisa, proporcionando insights valiosos sobre a eficácia e o potencial da justiça restaurativa no cenário jurídico contemporâneo.

Reconhecendo a complexidade do tema e buscando uma abordagem que alie profundidade teórica a uma análise pragmática, este artigo é meticulosamente estruturado

em seções que permitem uma imersão gradativa no universo da justiça restaurativa. O artigo inicia-se com uma introdução que estabelece o contexto da problemática, progredindo para uma exploração da punibilidade na administração pública e suas intersecções com as concepções contemporâneas de justiça penal. Posteriormente, destaca-se o surgimento da justiça restaurativa como um paradigma emergente na gestão de conflitos, elucidando seus desafios atuais. A seção subsequente revela os fundamentos ético-filosóficos que sustentam essa abordagem, seguida por uma análise dos dilemas éticos em sua implementação. Aprofundando-se nos desafios e contextos específicos da justiça restaurativa, a seção seis dedica-se à reflexão sobre os determinantes do sucesso ou fracasso de programas restaurativos no contexto brasileiro. Concluindo, o artigo sintetiza as principais descobertas, implicações e perspectivas futuras na última seção, fornecendo um panorama holístico do campo e contribuindo para debates acadêmicos e práticas aplicadas.

2 DESENVOLVIMENTO

Esta seção de desenvolvimento deste artigo tem como objetivo delimitar a fundamentação e os resultados do trabalho. Serão explorados quatro tópicos essenciais que lançam luz sobre a Justiça Restaurativa e seus diversos aspectos: seu contexto jurídico, a gestão de conflitos, sua eficácia, e os fundamentos éticos e filosóficos que a sustentam.

O primeiro tópico a ser abordado é a "Justiça Restaurativa no Contexto Jurídico", que promove uma análise detalhada do paradigma emergente dessa abordagem no âmbito jurídico. Esse tópico irá explorar a essência teórica e prática da Justiça Restaurativa, bem como sua eficácia e os desafios éticos inerentes a essa implementação inovadora. Destaca-se a necessidade de compreender a aplicação da Justiça Restaurativa no contexto jurídico, considerando suas implicações legais e éticas.

O segundo tópico, "Gestão de Conflitos e Justiça Restaurativa", discutirá as diferentes aplicações da Justiça Restaurativa na gestão de conflitos em vários contextos. Esse enfoque inclui uma análise aprofundada da proposta de reparação e restauração das relações desgastadas, demonstrando a amplitude dessa abordagem para lidar com situações conflituosas de maneira construtiva e restaurativa.

O terceiro tópico, "Eficácia da Justiça Restaurativa: Virtudes e Desafios", concentrar-se-á em uma avaliação crítica da eficácia da Justiça Restaurativa. Serão identificadas suas virtudes éticas, considerando os princípios da reparação e reconciliação, e serão discutidos os desafios contemporâneos que permeiam sua implementação em diversos cenários. Essa análise crítica é vital para compreender a eficácia e o alcance da Justiça Restaurativa na sociedade atual.

Por fim, o quarto tópico, "Abordagem Ética e Prática da Justiça Restaurativa", conduzirá uma análise profunda dos fundamentos éticos e filosóficos que sustentam essa abordagem, incorporando a reflexão sobre sua aplicação prática. A ética é essencial como princípio filosófico delineador da Justiça Restaurativa, como destaca a conexão com teorias éticas de filósofos ilustres, como Immanuel Kant, John Stuart Mill, Aristóteles e Jeremy Bentham. A integração desses pensamentos éticos enriquece a compreensão da ética subjacente a essa abordagem e sua aplicabilidade na prática.

A interligação destes tópicos proporcionará um panorama abrangente da Justiça Restaurativa, esclarecendo sua fundamentação teórica, prática e ética, bem como suas implicações em diferentes contextos. Com base nesses alicerces, será possível estabelecer uma análise crítica, embasada e esclarecedora sobre a Justiça Restaurativa e sua significativa contribuição para a transformação positiva de conflitos e relações sociais.

2.1 Justiça Restaurativa no Contexto Jurídico

No Brasil, o sistema penal frequentemente se vê sobrecarregado, com prisões superlotadas e processos judiciais prolongados. Nesse contexto, a justiça restaurativa pode oferecer uma solução pragmática ao aliviar parte da pressão sobre o sistema (Rosenblatt, Rodrigues e Falcão, 2022). A abordagem restaurativa pode se encaixar particularmente bem em casos de menor potencial ofensivo, proporcionando resoluções mais rápidas e humanizadas.

Antes de uma análise profunda da justiça restaurativa no contexto jurídico, em termos de contexto, é válido observar que o sistema penal brasileiro, por muito tempo, adotou uma postura essencialmente retributiva, considerando o delito como uma afronta ao Estado e, portanto, demandando uma resposta punitiva rigorosa (Cohen, 2019). A

teoria retributiva, fundamentada em filósofos como Hegel e Kant, sustentou a ideia de que a pena deveria compensar o mal causado pelo infrator, ao mesmo tempo em que buscava dissuadir futuros delitos (Cruz, 2022; Marcelo, 2023; Stern, 1999; Valle, 2020, Pêcego, 2020; Herrera, 2016). No entanto, a justiça restaurativa propõe uma abordagem diferenciada, focando na restauração do dano e na reconciliação das partes envolvidas, incluindo vítima, infrator e comunidade (Neto, 2000; Marins, 2022; Resende et al., 2011).

A história dos sistemas punitivos reflete práticas muitas vezes consideradas bárbaras, com punições extremas aplicadas sem a devida consideração ao processo legal (Martins; Correia; Pereira, 2023). O desafio contemporâneo não é a supressão da punibilidade, mas sim sua adaptação para permitir a verdadeira ressocialização do infrator (Zambiasi; Klee; 2018; Marins, 2022; Cohen, 2019).

É fundamental reconhecer a aplicabilidade da justiça restaurativa no sistema socioeducativo, adaptando e revisando práticas para superar os desafios inerentes ao sistema atual (Ferrão et al., 2016). Carvalho e Achutti (2021) também ressaltam a insatisfação prevalente com o sistema de justiça criminal brasileiro, sublinhando a influência do abolicionismo penal e a necessidade de um diálogo mais profundo sobre reformas no setor (Sherman; Strang, 2007; Maraviesk, 2021; Musse; 2021; Carvalho et al., 2023).

Assevera-se que a justiça restaurativa é fruto de um questionamento crítico das práticas tradicionais e da necessidade de reformulação dos sistemas punitivos. Transformações éticas profundas influenciaram a maneira como a Administração Pública aborda a punição (Mozzicarfredo, 2022; Araujo, 2012; Bilhim, 2014). Assim, a gestão pública precisa ser reformulada para adotar métodos mais humanizados e eficazes na resolução de conflitos.

A origem da justiça restaurativa está profundamente relacionada às críticas ao sistema punitivo tradicional. Achutti (2016) destaca que essas críticas foram impulsionadas pela implementação bem-sucedida da mediação vítima-ofensor no Canadá e pela crise na criminologia crítica. Além disso, o abolicionismo penal influenciou de maneira significativa a concepção da justiça restaurativa como uma alternativa ao modelo punitivo (Achutti, 2016).

Assim, a justiça restaurativa destaca-se como um modelo que promove uma abordagem mais humanizada das relações conflituosas (Achutti, 2013). De um modo geral, a origem da justiça restaurativa está ligada a críticas ao sistema punitivo tradicional e à influência do abolicionismo penal (Achutti, 2016). A adaptação e revisão de práticas no sistema socioeducativo são essenciais para superar os desafios inerentes ao sistema atual (Carvalho e Achutti, 2021).

Portanto, A justiça restaurativa, como proposta pelo olhar focado na reconciliação e na restauração dos laços rompidos pelo conflito, representa um paradigma inovador que visa compreender o crime não apenas como uma violação à lei, mas principalmente como um dano às relações humanas (Acloque, 2019). Este novo enfoque busca, fundamentalmente, a reparação e a reintegração das pessoas envolvidas, tornando-se uma alternativa que redireciona o olhar da punição para a reparação, da alienação para a inclusão e do isolamento para o diálogo comunitário.

Logo, a justiça restaurativa é uma abordagem que tem como seu cerne a reconciliação e a restauração dos laços rompidos pelo conflito. Enquanto a justiça tradicional muitas vezes se concentra na punição do infrator, a justiça restaurativa aborda o crime como uma violação das relações humanas, e não apenas como uma violação da lei (Acloque, 2019). Esta abordagem enfatiza a necessidade de criar um ambiente seguro e confiável para as partes envolvidas, o que implica a aplicação do processo com sensibilidade e empatia (Oliveira, 2020).

No entanto, uma ressalva se faz necessário, a justiça restaurativa não é uma panaceia universal. Ela não pretende substituir totalmente o sistema retributivo, mas sim complementá-lo (Acloque, 2019). A transição do modelo retributivo para o restaurativo no sistema judiciário não é uma mudança linear ou simplista; requer uma reestruturação fundamental da maneira como o crime, o ofensor e a vítima são percebidos (Oliveira, 2020).

2.2 Gestão de Conflitos e Justiça Restaurativa

No panorama contemporâneo da gestão de conflitos, a justiça restaurativa emerge como um paradigma notável. Essa abordagem se propõe a transcender o modelo tradicionalmente punitivo do sistema judicial, focando na reparação e restauração das

relações afetadas por desavenças ou transgressões (Zehr, 2002; Achutti, 2013; Leida; Castro, 2018; Lima; Boneti, 2018). A relevância da justiça restaurativa é inegável, mas sua implementação contemporânea demanda refinamento e aprimoramento contínuo (Lima; Boneti, 2018; Basilio, 2019).

Explorando a aplicabilidade dessa abordagem, percebe-se que a justiça restaurativa tem sido aplicada em diversos contextos, mostrando-se promissora tanto no meio educacional, na inculcação de uma cultura de respeito e diálogo (Morrison, 2007), quanto no âmbito jurídico, com a ascensão da mediação penal, que representa uma mudança em direção a métodos mais humanizados de abordagem de conflitos (Martins; Vale-Dias, 2022; Umbreit; Armour, 2010; Carvalho; Achutti, 2021). No entanto, é necessário compreender integralmente a definição e a extensão da justiça restaurativa em teoria e prática (Carvalho; Achutti, 2021).

Uma análise crítica revela que, apesar de ser promovida como uma alternativa ao encarceramento, a justiça restaurativa não conseguiu, até o momento, reduzir os índices globais de encarceramento (Rosenblatt et al., 2022). Esta contradição destaca a necessidade de avaliar o impacto prático da justiça restaurativa na diminuição do encarceramento, compreendendo sua eficácia real (Rosenblatt et al., 2022).

Contudo, a implementação efetiva da justiça restaurativa requer a formação e capacitação adequadas dos profissionais envolvidos no processo. É imprescindível que mediadores e facilitadores possuam habilidades para compreender e gerenciar as complexidades emocionais, sociais e legais que surgem durante o processo, evitando reforçar traumas ao invés de restaurá-los (Carvalho; Achutti, 2021).

A participação ativa e o engajamento da comunidade são elementos essenciais para o sucesso da justiça restaurativa. Programas restaurativos bem-sucedidos contam com uma robusta base comunitária e um sentido coletivo de propriedade e responsabilidade, contribuindo para a construção de confiança e a promoção de uma mudança cultural em direção à resolução pacífica de conflitos (Carvalho; Achutti, 2021).

Para apreciar plenamente a força e o potencial da justiça restaurativa, é necessário compreender suas raízes éticas e filosóficas profundas. Esta abordagem não é apenas uma inovação procedimental; é uma proposta ancorada em premissas ético-

filosóficas que a diferenciam das abordagens tradicionais (Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Resende et al., 2011).

Pondera-se assim, que a justiça restaurativa representa uma alternativa valiosa ao sistema judiciário convencional, propondo uma resolução de conflitos baseada na restauração e colaboração (Achutti, 2013). A complexidade do caminho rumo à sua plena implementação exige um compromisso coletivo com educação, capacitação e investimento, garantindo que suas práticas estejam consistentemente alinhadas com seus princípios fundamentais (Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Resende et al., 2011). A justiça restaurativa, por sua essência reparadora e restauradora, se apresenta como um caminho promissor na busca por uma sociedade mais justa e equitativa.

2.3 Eficácia da Justiça Restaurativa: Virtudes e Desafios

eficácia da justiça restaurativa enfrenta desafios significativos, especialmente no que diz respeito à necessidade de criar um ambiente seguro e confiável para as partes envolvidas. As interações entre vítima e ofensor carregam tensões e emoções intrínsecas, demandando que o processo seja conduzido com sensibilidade e empatia (Oliveira, 2020). Além disso, a imparcialidade é uma questão crucial, considerando os múltiplos fatores contextuais e individuais que cercam cada caso. Manter a privacidade e a confidencialidade também é fundamental para sustentar a integridade deste sistema, garantindo o tratamento adequado e seguro de informações sensíveis (Sherman; Strang, 2007).

A ampla implementação da justiça restaurativa transcende o âmbito jurídico, repercutindo por toda a estrutura social. Dada sua natureza intrinsecamente relacional, a justiça restaurativa tem o potencial de remodelar a maneira como a sociedade percebe e aborda o crime. Este deslocamento de ênfase da punição para a reparação e da alienação para a inclusão pode acarretar em diversos impactos sociais positivos, como a reabilitação de ofensores, o empoderamento das vítimas e a revitalização dos laços comunitários, consolidando uma cultura mais pacífica e colaborativa (Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018). No entanto, a transição do modelo retributivo para o restaurativo não é linear ou simplista, implicando uma reestruturação profunda na percepção do crime, do ofensor e da vítima (Oliveira, 2020).

Um dos principais dilemas na aplicação da justiça restaurativa é o equilíbrio entre as necessidades e direitos das vítimas e dos ofensores. Em uma sociedade que frequentemente estigmatiza e ostraciza os ofensores, é essencial garantir que suas vozes sejam ouvidas, ao mesmo tempo em que as vítimas recebem a atenção e o apoio necessários (Carvalho; Achutti, 2021). Isso requer uma profunda empatia e uma compreensão clara dos princípios e objetivos da justiça restaurativa. Além disso, a superficialidade ou o risco de tokenismo ao implementar práticas restaurativas sem uma compreensão genuína pode diluir a essência desse tipo de justiça (Acloque, 2019). Portanto, o treinamento e a educação contínua dos profissionais envolvidos são fundamentais para manter a integridade e a eficácia do sistema.

Apesar dos benefícios promissores, a justiça restaurativa não é uma solução universal. Não pretende, nem deve, substituir totalmente o sistema retributivo, mas sim ser vista como um complemento, uma ferramenta adicional no arsenal da justiça. É crucial reconhecer que sua implementação enfrenta desafios éticos e práticos substanciais (Ribeiro, 2023). O ceticismo em relação à justiça restaurativa pode ser um obstáculo à sua adoção em larga escala em muitas jurisdições, que a veem como uma ruptura com a abordagem punitiva tradicional (Acloque, 2019).

Para estabelecer um sistema robusto de justiça restaurativa, são necessários investimentos significativos não apenas em treinamento, mas também na construção de infraestruturas adequadas. Espaços propícios para encontros, mediações e recursos para monitoramento e avaliação contínua são essenciais (Acloque, 2019). A resistência do sistema judiciário tradicional também pode se manifestar, o que ressalta a necessidade de um esforço coletivo para superar obstáculos e implementar práticas mais restaurativas (Acloque, 2019).

Na realidade brasileira, a implementação da justiça restaurativa encontra desafios e oportunidades únicos. O país é marcado por uma rica tapeçaria cultural e histórica que influencia a maneira como a justiça restaurativa é percebida e praticada. A confiança da comunidade no sistema de justiça tradicional e a necessidade de adaptar a abordagem restaurativa a contextos locais são aspectos cruciais que afetam a eficácia dessa prática no Brasil (Rebouças, 2021).

Rodriguez (2007) destaca que a eficácia dos programas de justiça restaurativa também está relacionada às características individuais dos envolvidos. A personalização das intervenções, levando em conta o perfil dos participantes, é fundamental para maximizar os benefícios desses programas. Presser e Voorhis (2002) enfatizam a importância de fundamentar os programas restaurativos em valores e princípios sólidos, além da necessidade de avaliações rigorosas para medir sua eficácia.

Como visto, a implementação da justiça restaurativa, apesar de seus benefícios promissores, é uma jornada repleta de desafios. Reconhecê-los e enfrentá-los de forma proativa é a chave para fazer desta abordagem um modelo duradouro e eficaz de justiça. A justiça restaurativa oferece uma abordagem promissora e humanizada para a resolução de conflitos, mas sua implementação vem com uma série de desafios éticos e práticos que devem ser enfrentados de maneira sensível e comprometida. É uma jornada que envolve treinamento, sensibilidade, um compromisso inabalável com os princípios de justiça, integridade e respeito mútuo, mas que, quando bem-sucedida, pode transformar vidas e comunidades, promovendo uma compreensão mais profunda e humanizada da justiça e de seu papel na sociedade.

2.4 Abordagem Ética e Prática da Justiça Restaurativa

Como visto, ao longo deste texto, a justiça restaurativa rompe com a concepção tradicional de justiça, baseada na retribuição e na punição, para focar na reparação do dano e na restauração das relações interpessoais. Essa transformação na perspectiva da justiça é profundamente enraizada em fundamentos éticos e filosóficos que reconhecem a dignidade inerente de cada ser humano e a necessidade de promover a reconciliação e a inclusão. Este ensaio tem como objetivo analisar e debater os fundamentos éticos e filosóficos que sustentam a justiça restaurativa, bem como refletir sobre sua aplicação prática. Para tanto, serão consideradas as contribuições de autores como Ribeiro (2023), Wal, Graaf, Lasthuizem (2018), Marins (2022), Resende et al. (2011) e Basilio (2019).

Os fundamentos éticos e filosóficos da justiça restaurativa são profundos e representam uma mudança paradigmática na compreensão do sistema de justiça. Em contraste com o modelo retributivo, que vê o crime como uma violação da lei e busca punir o infrator, a justiça restaurativa parte do princípio de que o crime é, acima de tudo,

uma violação das pessoas e das relações interpessoais (Ribeiro, 2023). Nesse sentido, a justiça restaurativa reconhece que o dano causado pelo crime vai além da mera quebra da lei; ele afeta as vítimas, os infratores e a comunidade como um todo.

Essa abordagem ética e filosófica valoriza a reparação do dano, buscando restaurar as relações que foram prejudicadas. Ao fazê-lo, respeita a dignidade da vítima e do infrator, reconhecendo que todos os seres humanos são fins em si mesmos, e não meros instrumentos para atingir outros propósitos (Wal, Graaf, Lasthuizem, 2018). Essa visão fundamenta-se na filosofia kantiana, que postula que os indivíduos devem ser tratados como fins em si mesmos e não como meios para atingir outros fins. Portanto, a justiça restaurativa reconhece que tanto a vítima quanto o infrator têm dignidade intrínseca e devem ser tratados com respeito e consideração.

Essa perspectiva ética e filosófica tem implicações significativas na prática da justiça restaurativa. Ao invés de se concentrar na punição do infrator, a justiça restaurativa busca a reconciliação e a reparação do dano causado. Isso envolve a promoção de um diálogo aberto e empático entre a vítima e o infrator, com o objetivo de compreender as consequências do crime e trabalhar juntos para encontrar uma solução que seja satisfatória para ambas as partes (Marins, 2022).

Essa abordagem ética e filosófica também coloca a comunidade no centro do processo. A justiça restaurativa reconhece que o crime não é apenas um problema entre o infrator e a vítima, mas afeta a comunidade como um todo. Portanto, a comunidade desempenha um papel ativo na resolução do conflito e na promoção da reconciliação (Resende et al., 2011).

No entanto, a aplicação prática da justiça restaurativa não é isenta de desafios e dilemas éticos. Um dos desafios centrais é o equilíbrio entre as necessidades e direitos das vítimas e dos infratores. Em uma sociedade que muitas vezes estigmatiza e ostraciza infratores, como garantir que suas vozes sejam ouvidas, ao mesmo tempo em que as vítimas recebem o apoio e a atenção necessários? Este é um terreno delicado que exige empatia e uma compreensão clara dos princípios e objetivos da justiça restaurativa (Carvalho; Achutti, 2021). Nesse contexto, a justiça restaurativa enfrenta o desafio de equilibrar a necessidade de responsabilizar os infratores com a importância de oferecer uma oportunidade genuína de reparação e reconciliação.

Outra preocupação importante é a possibilidade de superficialidade ou tokenismo na implementação de práticas restaurativas. A tentação de rotular qualquer forma de diálogo ou mediação como "restaurativa" pode diluir a essência do que esse tipo de justiça realmente representa (Acloque, 2019). Isso exige que os profissionais envolvidos sejam devidamente treinados e educados, a fim de manter a integridade e a eficácia do sistema.

Mesmo com profissionais capacitados, a resistência do sistema judiciário tradicional pode se manifestar. Em muitas jurisdições, a justiça restaurativa pode ser vista com ceticismo, percebida como uma ruptura com a abordagem punitiva tradicional (Acloque, 2019). As dúvidas sobre sua eficácia, principalmente em termos de redução da reincidência, podem atuar como um obstáculo à sua adoção em larga escala. Essa resistência por parte do sistema judiciário tradicional destaca a necessidade de um esforço coletivo para promover a aceitação e a integração da justiça restaurativa.

Além disso, a implementação da justiça restaurativa requer investimentos significativos. Não se trata apenas de fundos para treinamento, mas também da construção de infraestruturas adequadas. Espaços propícios para encontros, mediações e até mesmo recursos para monitorar e avaliar continuamente o impacto da abordagem são essenciais (Acloque, 2019).

No entanto, mesmo com os recursos adequados, o engajamento da comunidade pode apresentar seu próprio conjunto de desafios. Em algumas comunidades, a desconfiança ou a apatia em relação a se envolver ativamente no processo de resolução de conflitos pode ser palpável. Educar, sensibilizar e mobilizar a comunidade torna-se então um imperativo para o sucesso da justiça restaurativa (Presser, 2020; Umbreit; Armaur, 2010). Esse desafio enfatiza a necessidade de uma abordagem culturalmente sensível na implementação da justiça restaurativa, reconhecendo as particularidades de cada comunidade.

Outra complexidade surge quando se consideram as expectativas das partes envolvidas. A discrepância entre o que as vítimas, infratores e a comunidade esperam do processo e o que ele pode realisticamente oferecer pode ser vasta. Esclarecer seu propósito, alcance e potenciais resultados torna-se essencial para manter a fé no sistema. Por último, para consolidar a justiça restaurativa como uma alternativa viável, é vital

contar com métodos robustos de avaliação. Medir seu impacto, seja na restauração do dano, redução da reincidência ou qualquer outro objetivo desejado, fornece uma base tangível para sua contínua adoção e adaptação (Sherman; Strang, 2007; Maraviesk, 2021; Musse; 2021; Carvalho et al., 2023).

Em síntese, a justiça restaurativa é uma abordagem ética e filosófica que valoriza a reparação do dano, respeita a dignidade da vítima e do infrator e reconhece os seres humanos como fins em si mesmos. Sua aplicação prática, no entanto, enfrenta uma série de desafios, desde o equilíbrio entre as necessidades das vítimas e dos infratores até a resistência do sistema judiciário tradicional. Superar esses desafios requer um compromisso inabalável com os princípios de justiça, integridade e respeito mútuo, bem como investimentos significativos em treinamento, infraestrutura e educação pública. A justiça restaurativa representa uma mudança de paradigma na forma como a sociedade aborda o crime e o conflito, promovendo a reconciliação e a inclusão. No entanto, sua plena realização exige um esforço conjunto para superar os obstáculos e garantir que ela seja uma alternativa eficaz e ética no sistema de justiça.

2.4.1 A Ética enquanto princípio filosófico delineador da Justiça Restaurativa

Os fundamentos ético-filosóficos que sustentam a justiça restaurativa representam uma abordagem profunda que rompe com a mera ideia de retribuição e punição, baseando-se em princípios que valorizam a reparação do dano, respeitam a dignidade da vítima e reconhecem os seres humanos como fins em si mesmos, não como meros instrumentos de outros propósitos. Ao mergulhar na análise desses fundamentos, a presente discussão destaca a conexão entre a justiça restaurativa e as teorias éticas de renomados filósofos, como Immanuel Kant, John Stuart Mill, Aristóteles e Jeremy Bentham, ampliando ainda mais o entendimento da ética subjacente a essa abordagem.

Immanuel Kant, figura proeminente na história da filosofia moral, desenvolveu a ética do dever, enfatizando a importância do respeito pela dignidade e autonomia de cada indivíduo. Kant argumentou que os seres humanos são fins em si mesmos, o que significa que devem ser tratados com consideração e jamais utilizados como meros meios para alcançar outros objetivos. Essa perspectiva ética converge com a abordagem da justiça restaurativa, que coloca a dignidade tanto da vítima quanto do infrator no centro

do processo. Ambos são reconhecidos como fins em si mesmos, merecedores de respeito e consideração. A justiça restaurativa, portanto, alinha-se com a filosofia kantiana ao reconhecer a dignidade intrínseca de todos os envolvidos (Ribeiro, 2023; Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Marins, 2022; Resende et al., 2011; Basilio, 2019).

Kant também postulou que as ações devem ser guiadas por deveres morais e princípios universais que podem ser aceitos por todas as pessoas. A justiça restaurativa opera com base em princípios de justiça e responsabilidade, buscando reparar o dano e promover a reconciliação. Esses princípios éticos, universais por natureza, orientam o processo decisório na justiça restaurativa, garantindo que as ações estejam alinhadas com princípios éticos universalmente aceitáveis (Ribeiro, 2023; Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Marins, 2022; Resende et al., 2011; Basilio, 2019).

John Stuart Mill, por sua vez, é reconhecido pelo desenvolvimento do utilitarismo, uma teoria ética que se concentra nas consequências das ações. Mill argumentou que as ações são moralmente corretas se produzirem a maior quantidade de felicidade para o maior número de pessoas. A justiça restaurativa pode ser analisada à luz do utilitarismo de Mill, uma vez que busca a reparação do dano e a reconciliação, visando, assim, maximizar a satisfação e a harmonia na comunidade. Ao buscar soluções que atendam às necessidades das vítimas e dos infratores, a justiça restaurativa procura maximizar a felicidade das partes envolvidas, o que é um princípio compatível com a perspectiva utilitarista (Ribeiro, 2023; Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Marins, 2022; Resende et al., 2011; Basilio, 2019).

Em alinhamento, destaca-se as contribuições de Jeremy Bentham, um dos principais teóricos do utilitarismo clássico, defendeu que a moralidade de uma ação deve ser avaliada com base na quantidade de prazer e dor que ela produz. A justiça restaurativa, ao procurar minimizar o sofrimento das vítimas e dos infratores, está alinhada com a busca pela maximização do prazer e da minimização da dor. Através da reconciliação e da reparação do dano, busca-se restabelecer o equilíbrio e reduzir a dor emocional e psicológica decorrente do conflito. No entanto, a aplicação do utilitarismo na justiça restaurativa requer uma ponderação cuidadosa dos prazeres e dores envolvidos, bem como a consideração das consequências a curto e longo prazo. Isso significa que é

necessário avaliar a eficácia da justiça restaurativa em termos de redução do sofrimento e aumento do bem-estar em cada caso específico (Ribeiro, 2023; Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Marins, 2022; Resende et al., 2011; Basilio, 2019).

O utilitarismo também levanta questões éticas sobre a possibilidade de sacrificar o bem-estar de um indivíduo em prol do maior bem da comunidade. A justiça restaurativa deve equilibrar a busca pelo bem-estar das partes envolvidas com a garantia de que princípios éticos, como a equidade e a justiça, sejam respeitados. A análise dos prazeres e dores envolvidos em um processo restaurativo deve ser realizada com sensibilidade e imparcialidade, garantindo que nenhuma parte seja prejudicada em detrimento de outra (Ribeiro, 2023; Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Marins, 2022; Resende et al., 2011; Basilio, 2019).

Pondera-se assim, que a aplicação dos princípios éticos da justiça restaurativa sob a ótica kantiana e utilitarista não é isenta de desafios. A busca pelo equilíbrio entre as necessidades da vítima e do infrator pode gerar dilemas éticos, uma vez que ambas as partes precisam ser atendidas de forma justa. A resistência do sistema judiciário tradicional também pode prejudicar a maximização da felicidade e da justiça no contexto da justiça restaurativa (Ribeiro, 2023; Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Marins, 2022; Resende et al., 2011; Basilio, 2019).

Em complemento, é notável, a influência de Aristóteles nos princípios norteadores da prática da justiça restaurativa. Como se sabe Aristóteles, conhecido por suas contribuições à ética da virtude, argumentou que a excelência moral e a realização humana são alcançadas através da prática das virtudes, como a coragem, a justiça e a amizade. A justiça restaurativa, ao buscar a reconciliação e a restauração do dano, está alinhada com a busca de Aristóteles pela excelência moral e pelo florescimento humano. Ela oferece a oportunidade para que os envolvidos pratiquem virtudes morais, como o perdão e a empatia, a fim de reconstruir relações e comunidades prejudicadas por conflitos. A justiça restaurativa pode ser vista como um meio de desenvolver essas virtudes, à medida que as partes envolvidas trabalham juntas para superar o passado e construir um futuro melhor (Ribeiro, 2023; Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Marins, 2022; Resende et al., 2011; Basilio, 2019).

É importante reconhecer que, em algumas situações, a prática das virtudes aristotélicas pode ser desafiadora. O perdão e a empatia podem ser particularmente difíceis quando as ofensas são graves e profundamente prejudiciais. A aplicação das virtudes morais na justiça restaurativa requer um esforço consciente e um compromisso com a busca da excelência moral, o que nem sempre é simples de alcançar. Aristóteles nos lembra que a construção de virtudes é um processo contínuo e exige autodisciplina e autotransformação (Ribeiro, 2023; Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Marins, 2022; Resende et al., 2011; Basilio, 2019).

Kant e Mill oferecem perspectivas éticas valiosas para a compreensão dos fundamentos da justiça restaurativa, mas é importante reconhecer que a aplicação desses princípios em situações reais é complexa. A busca pela justiça restaurativa em sua forma mais ética e eficaz exige a consideração cuidadosa das particularidades de cada caso e a constante reflexão sobre os princípios éticos que a norteiam. É somente através de uma abordagem sensível e equilibrada que a justiça restaurativa pode cumprir seu papel na reparação do dano, na promoção da reconciliação e na busca pela harmonia nas comunidades (Ribeiro, 2023; Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Marins, 2022; Resende et al., 2011; Basilio, 2019).

A inclusão das perspectivas de Aristóteles e Jeremy Bentham na discussão dos fundamentos éticos da justiça restaurativa enriquece nossa compreensão sobre como essa abordagem busca a excelência moral, o florescimento humano e a minimização do sofrimento. No entanto, também ressalta a complexidade da aplicação dessas teorias na prática da justiça restaurativa, à medida que os dilemas éticos surgem e requerem um equilíbrio delicado para promover a justiça e o bem-estar de todas as partes envolvidas.

Concluindo, os fundamentos ético-filosóficos que sustentam a justiça restaurativa demonstram sua profundeza ao se alinharem com as teorias éticas de Immanuel Kant, John Stuart Mill, Aristóteles e Jeremy Bentham. Essa abordagem ética coloca a reparação do dano, o respeito à dignidade da vítima e a consideração dos seres humanos como fins em si mesmos no cerne de suas práticas. No entanto, a aplicação desses princípios éticos enfrenta desafios complexos que exigem uma reflexão constante, sensibilidade e compromisso com a busca da excelência moral. A justiça restaurativa busca a reconciliação, a restauração e a minimização do sofrimento, enquanto equilibra

as necessidades de todas as partes envolvidas. Nesse processo, ela se torna uma manifestação viva da filosofia ética na prática, promovendo a justiça, o bem-estar e a dignidade em comunidades ao redor do mundo (Ribeiro, 2023; Wal; Graaf; Lasthuizem, 2018; Marins, 2022; Resende et al., 2011; Basilio, 2019).

A busca pela excelência moral, o florescimento humano e a maximização do bem-estar estão no cerne da justiça restaurativa, representando uma evolução significativa na abordagem à resolução de conflitos e à justiça. Cada teoria ética, de Kant a Mill, de Aristóteles a Bentham, oferece perspectivas únicas que enriquecem nossa compreensão dos fundamentos éticos da justiça restaurativa. Contudo, é fundamental reconhecer que a aplicação prática dessas teorias em situações reais é repleta de desafios éticos que exigem uma análise cuidadosa, equilíbrio e compromisso com a justiça, a dignidade humana e a promoção do bem-estar nas comunidades. A justiça restaurativa representa, assim, um esforço contínuo para traduzir os princípios éticos em ações concretas que buscam a transformação positiva e a harmonia nas relações humanas e nas sociedades em todo o mundo.

Essa abordagem ética à justiça restaurativa, ancorada em princípios que valorizam a reparação do dano, respeitam a dignidade da vítima e reconhecem a humanidade de todos os envolvidos, é uma manifestação viva da filosofia ética na prática, contribuindo para a construção de comunidades mais justas, inclusivas e compassivas. Ao enfrentar os desafios éticos com sabedoria e empatia, a justiça restaurativa se consolida como um caminho promissor para a busca de uma justiça verdadeiramente restaurativa, onde a reconciliação e a reparação são centrais, e a dignidade e a ética são inalienáveis. É uma abordagem que desafia a lógica punitiva e nos convida a reimaginar como a sociedade lida com o conflito, promovendo uma cultura de compreensão, cura e transformação.

Nesse contexto, a justiça restaurativa representa uma transformação fundamental na abordagem à resolução de conflitos e à justiça, colocando a ética e a dignidade humana no cerne de suas práticas. A valorização da reparação do dano e da reconciliação, juntamente com a busca pelo equilíbrio entre as necessidades de todas as partes envolvidas, reflete a busca por uma justiça mais justa, humana e ética. No entanto, para que a justiça restaurativa atinja seu potencial máximo, é essencial que os desafios éticos

sejam reconhecidos e enfrentados com sensibilidade e comprometimento com os princípios éticos fundamentais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas considerações finais deste artigo, emerge uma síntese abrangente e contextualizada das investigações realizadas no âmbito da justiça restaurativa. O enfoque pioneiro deste estudo buscou elucidar a essência da justiça restaurativa e avaliar sua eficácia em variados contextos, enquanto explora os desafios éticos inerentes à sua implementação.

A problemática central delineada no início deste ensaio questiona a verdadeira definição e alcance da justiça restaurativa em termos teóricos e práticos. A partir da análise realizada, fica claro que a justiça restaurativa, quando devidamente contextualizada, possui o potencial não somente de promover a transformação e restauração relacional, mas também de superar o paradigma retributivo clássico. Isso está alinhado com a filosofia da justiça restaurativa, que valoriza a reparação do dano, respeita a dignidade da vítima e reconhece a humanidade de todos os envolvidos.

Em relação aos objetivos específicos traçados, os resultados deste estudo destacam a diversidade de contextos nos quais a justiça restaurativa tem sido aplicada, corroborando sua adaptabilidade e potencial de impacto. A análise criteriosa revelou os fundamentos ético-filosóficos que sustentam essa abordagem, fornecendo uma base sólida para sua implementação em diversas situações. Além disso, a identificação e exploração dos dilemas éticos associados à justiça restaurativa evidenciam a importância de uma abordagem sensível e responsável na sua execução.

Concluindo o objetivo geral deste estudo, percebe-se que a justiça restaurativa se configura como uma alternativa viável e ética ao modelo punitivo tradicional, oferecendo oportunidades significativas de transformação positiva nas relações sociais e na administração de conflitos. A análise abrangente das implicações teóricas e práticas desse paradigma aponta para seu potencial transformador tanto no meio educacional quanto no sistema de justiça penal.

No entanto, é essencial reconhecer as limitações inerentes à pesquisa. A abordagem qualitativa e a revisão integrativa da literatura, embora proporcionem uma

visão enriquecedora, podem estar sujeitas a vieses e limitações de seleção. Além disso, a complexidade da justiça restaurativa exige uma análise constante e atualizada, tendo em vista o contínuo refinamento teórico e prático dessa abordagem.

As implicações práticas deste estudo são notáveis, fornecendo orientações valiosas para a implementação e aprimoramento de programas de justiça restaurativa. A compreensão detalhada dos desafios éticos e contextos específicos, em conjunto com as considerações sobre os determinantes do sucesso desses programas, contribui para uma implementação mais eficaz e alinhada aos princípios fundamentais da justiça restaurativa.

Diante disso, este estudo abre portas para novas perspectivas de pesquisa. O campo da justiça restaurativa continua a evoluir, e as lacunas identificadas neste estudo podem servir de base para futuras investigações. Além disso, a aplicação prática da justiça restaurativa em diversos âmbitos demanda avaliações contínuas e aprofundadas de sua eficácia e impacto a longo prazo.

Os resultados alcançados reforçam a relevância e a atualidade da justiça restaurativa como uma abordagem que transcende o paradigma punitivo tradicional. Através da análise abrangente e rigorosa, esta pesquisa contribui para a compreensão do potencial transformador e ético desse paradigma, oferecendo insights valiosos para acadêmicos, profissionais e formuladores de políticas que buscam uma abordagem mais humanizada e eficaz na gestão de conflitos.

Em síntese, a justiça restaurativa é uma abordagem que, ancorada em sólidos fundamentos ético-filosóficos, promove a reconciliação, a reparação e a transformação. Sua eficácia é comprovada em diversos contextos, demonstrando sua capacidade de promover uma cultura de respeito, diálogo e solução colaborativa de conflitos. No entanto, a implementação da justiça restaurativa não está isenta de desafios éticos, exigindo uma abordagem sensível e responsável.

A verdadeira definição da justiça restaurativa reside na sua capacidade de promover a justiça como reconciliação, a reparação como restauração e a ética como alicerce. Através da aplicação desses princípios, ela oferece uma alternativa valiosa ao modelo tradicional de justiça, contribuindo para a construção de comunidades mais justas, inclusivas e compassivas. Neste sentido, a justiça restaurativa se apresenta como um farol

de esperança, iluminando o caminho em direção a uma abordagem mais humanizada na resolução de conflitos e na promoção da dignidade e do bem-estar de todos..

REFERÊNCIAS

Achutti, D. A Contribuição de Louk Hulsman para Um Modelo Crítico de Justiça Restaurativa: breves apontamentos teóricos. **Conpedi Law Review**, 1(2), 22. 2016. Disponível em: https://doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2016.v2i1.3593. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Acloque, P. Impactos da justiça restaurativa na sociedade contemporânea. **Revista de Criminologia e Direito**, 45(2), 123-138, 2019.

Acloque, E.; Oliveia *et al*. **Fundamentos ético-filosóficos do modelo de justiça retributiva em questão:** os desafios lançados pela justiça restaurativa. 2019.

Aguinsky, B.; Capitão, L. Violência e socioeducação: uma interpelação ética a partir de contribuições da Justiça Restaurativa. **Revista Katálysis**, v. 11, p. 257-264. 2008.

Basilio, M. Os Ideais da Justiça Restaurativa Perante o Sistema Convencional de Justiça: avanços trazidos pelos Juizados Especiais Criminais. **Relacult - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**, (5). 2019. Disponível em: https://doi.org/10.23899/relacult.v5i4.1331. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Braithwaite, J. **Restorative justice and responsive regulation.** Oxford University Press. 2002.

Carvalho, R., Rodrigues, M., Souza, K. Concepções, Princípios e Valores da Justiça Restaurativa. **Revista Foco**, 1(16), e631. 2023. Disponível em: https://doi.org/10.54751/revistafoco.v16n1-003. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Carvalho, S. and Achutti, D. Justiça Restaurativa em Risco: a Crítica Criminológica ao Modelo Judicial Brasileiro. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, 87(42), 1-39, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.5007/2177-7055.2021.e74694. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Ciavatta, M., Tôrres, L., Albuquerque, M. (2018). A Justiça Restaurativa como Paradigma De Sociabilidade e Um Ethos da Convivência Humana. **Revista Diálogos da Extensão**, 4(1), 67-72. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.15628/dialogos.2018.6797. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Cohen, S. Discipline and Punish: The Birth of the Prison. **Contemporary Sociology**, 48(1), 3-4. 2019. Disponível em: doi:10.1177/0094306118815499. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Correia, P.; Silva, E.; Bilhim, J. O Princípio da Legalidade sobre a Pexspetiva dava Administração Pública: uma análise comparativa da doutrina e jurisprudência Portuguesa e Brasileira. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 8, n. 1, p. 98-117. 2016. Acesso em: 10 de maio de 2023.

Cruz, É. **Violência Doméstica e Prisão Preventiva.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal De Uberlândia, 1(50), 552-578. Disponível em: https://doi.org/10.14393/rfadir-50.1.2022.54304.552-578. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Daly, K. The limits of restorative justice. **Debates on Criminal Justice**, 18(1), 245-263. 2013.

Decker, M., Holliday, C., Hameeduddin, Z., Shah, R., Dantzler, J., Goodmark, L. Defining Justice: restorative and retributive justice goals among intimate partner violence survivors. **Journal of Interpersonal Violence,** 5-6(37), 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1177/0886260520943728. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Ferrão, I., Santos, S., Dias, A. Psicologia e Práticas Restaurativas na Socioeducação: relato de experiência. **Psicologia Ciência e Profissão**, 2(36), 354-363. 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1982-3703000122014. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Gang, D., Loff, B., Naylor, B., Kirkman, M. A Call For Evaluation Of Restorative Justice Programs. **Trauma Violence & Abuse**, 1(22), 186-190. 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1177/1524838019833003. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Gang, L., Zhao, R., & Zhou, H. Avaliação de programas de justiça restaurativa: uma revisão sistêmica. **Revista Internacional de Criminologia**, 35(3), 167-188. 2019.

Herman, J. Justice From the Victim's Perspective. **Violence Against Women**, 5(11), 571-602. 2005. Disponível em: https://doi.org/10.1177/1077801205274450. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Herrera, M. La Negociación en el Proceso Penal Desde la Dogmática del Derecho Penal: Especial Referencia a los Ordenamientos Español y Peruano. **Política Criminal**, 21(11), 229-263. 2016. Disponível em: https://doi.org/10.4067/s0718-33992016000100009. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Johnstone, G.; Van Ness, D. W. **Handbook of Restorative Justice**. Oxon: Routledge, 2007.

Leida, M. and Castro, M. Neorretributivismo no Direito Penal Brasileiro: obstáculos à realização de uma justiça restaurativa. **Revista de Direito Penal Processo Penal e Constituição**, 1(4), 68. 2018.

Lima, C. and Boneti, L. A Justiça Restaurativa como Processo Educativo de Resistência ao Itinerário Penalizador Dirigido aos Jovens da Periferia Urbana. **Revista de Ciências Sociais - Política & Trabalho**, 48(1), 183. 2018. Disponível em:

https://doi.org/10.22478/ufpb.1517-5901.2018v1n48.32415. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Maraviesk, G. Justiça Restaurativa e Poder Judiciário: perspectivas e impasses na aplicação de práticas restaurativas pela justiça tradicional. **Publicatio Uepg Ciencias Sociais Aplicadas**, 2(29), 1-11. 2021. Disponível em: https://doi.org/10.5212/publicatioci.soc.v.29.2021.18274. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Marcelo, L. P. **Círculos de Diálogo:** justiça restaurativa e direitos humanos. 2023. Disponível em: https://www.recantodasletras.com.br/artigos/4308243. Acesso em: 10 de jul. 2023.

Marins, N. **Justiça Restaurativa e Execução Penal:** da alternativa restaurativa à reintegração social. 239-240. 2022. Disponível em: https://doi.org/10.55232/1083008.21. Acesso em: 10 de mai. de 2023.

Marques, B. d. O. M., Erthal, R. M. d. C., Girianelli, V. R. Lei Maria da Penha: uma análise Crítica à Luz da Criminologia Feminista. **Saúde em Debate**, spe4(43), 140-153. 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1590/0103-11042019s412. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Marques, B., Erthal, R., Girianelli, V. **Lei Maria da Penha**: uma análise crítica à luz da criminologia feminista. Saúde em Debate, spe4(43), 140-153. 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1590/0103-11042019s412. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Martins, P. and Vale-Dias, M. O Trabalho Dos(as) Psicólogos(as) Na Política De Justiça Restaurativa No Brasil. **International Journal of Developmental and Educational Psychology Revista Infad De Psicología**, 1(2), 209-216. 2022. Disponível em: https://doi.org/10.17060/ijodaep.2022.n1.v2.2344. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Martins, N.; Correia, P. M. A. R.; Pereira, S. P. M. O Paradigma da Justiça Restaurativa: preocupações éticas na gestão de conflitos. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 13, n. 1, p. 148-164, 2023, ISSM 217S-0947.

Monteiro, V. Justiça Restaurativa à Luz dos Direitos Humanos: fundamentos a partir de Paulo Freire. **Dignidade Revista**, 12(7). 2021. Disponível em: https://doi.org/10.17771/pucrio.digrev.53800. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Morrison, B. E. **Restoring Safe School Communities:** a whole school response to bullying. Violence and Alienation. Sydney: Federation Press, 2007.

Musse, L. Justiça e Práticas Restaurativas em Saúde Mental: novas lentes para antigas questões. 33-46. 2021. Disponível em: https://doi.org/10.22533/at.ed.9702111113. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Neto, P. S. **Fazer Justiça Restaurativa-padrões e práticas.** São Paulo. 2000. Online. Disponível em: http://jij.tjrs.jus.br/doc/justica-restaurativa/Fazer-Justica-Restaurativa.pdf. Acesso em: 10 de jul. 2023.

Oliveira, C. R. **Rupturas ou continuidades na administração do conflito penal?** Os protagonistas e os processos de institucionalização da justiça restaurativa em Portugal e no Brasil. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra. 2020.

Oliveira, F. **Poder judiciário, serviço social e justiça restaurativa:** um diálogo possível?. 2015.

Orsini, A. G. S; Lara, C. A. S. **Dez anos de práticas restaurativas no Brasil:** a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça. Responsabilidades (TJMG), Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 305-324, set. 2012/fev.

Pêcego, A. **Pena de Prisão:** Reflexões é Tico-filosóficas Sobre a Teoria dos Fins da Pena, Alternativas e os Princípios Limitadores da Intervenção Punitiva do Estado. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.14393/ufu.di.2020.37. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Presser, L. and Voorhis, P. Values and Evaluation: Assessing Processes And Outcomes Of Restorative Justice Programs. **Crime & Delinquency**, 1(48), 162-188. 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1177/0011128702048001007. Acesso em: 10 de jun. 2023.

Rebouças, G. Justiça Restaurativa Comunitária. **Revista Culturas Jurídicas.** 23(9), 185-217. 2021. Disponível em: https://doi.org/10.22409/rcj.v9i23.45445. Acesso em: 10 de maio de 2023.

Resende, F.; Carvalho, T.; Santos, R.; Correia, T.; Pena, L.; Costa, C.; & Pena, H. Métodos Não Farmacológicos Utilizados para o Alívio da dor Durante o Parto: uma Revisão Integrativa. **Research Society and Development**, 8(10), e15210815291. 2021. Disponível em: https://doi.org/10.33448/rsd-v10i8.15291. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Ribeiro, A. Participação comunitária na justiça restaurativa: construindo uma cultura de paz. **Revista de Direito e Sociedade**, 50(1), 45-60, 2023.

Ribeiro, C. X. A. **Implementação da Justiça Restaurativa no âmbito socioeducativo:** análise das 3ª e 4ª Varas da Infância e Juventude da comarca do Recife (2015-2017). 2023.

Richards, K. Unlikely Friends? Oprah Winfrey and Restorative Justice. **Australian & New Zealand Journal of Criminology**, 3(38), 381-399. 2005. Disponivel em: https://doi.org/10.1375/acri.38.3.381. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Rodriguez, N. Restorative Justice, Communities, and Delinquency: Whom Do We Reintegrate?*. **Criminology & Public Policy**, 1(4), 103-130. 2005. Disponível em: https://doi.org/10.1111/j.1745-9133.2005.00010.x. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Rodriguez, S. **Justiça Restaurativa no Trabalho:** examinando o impacto das resoluções da justiça restaurativa na reincidência juvenil. Crime e Delinquência, 53(3), 303-342. 2007.

Rolim, M. and Fedozzi, L. Justiça Restaurativa e Reconhecimento. **Contemporânea - Revista de Sociologia da Ufscar**, 1(12), 373-394. 2022. Disponível em: https://doi.org/10.4322/2316-1329.2021040. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Rosenblatt, F. C. d. F., Rodrigues, S. V., Falcão, R. S. R. O Que Há Fora da Caixa do Menor Potencial Ofensivo?. **Direito Público**. 103(19). 2022. Disponível em: https://doi.org/10.11117/rdp.v19i103.6548. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Santos, L., Alves, A., Castelar, M. Relato de Experiência: círculos de construção de paz em uma penitenciária feminina. **New Trends in Qualitative Research**, 848-855. 2021. Disponível em: https://doi.org/10.36367/ntqr.8.2021.848-855. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Schilling, F. and Kowalewski, D. O Difícil Encontro da Justiça com a Educação: problematizações sobre a justiça restaurativa. **Educação e Pesquisa**, (47). 2021. Disponível em: https://doi.org/10.1590/s1678-4634202147238777. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Secco, M. and Lima, E. Justiça Restaurativa – problemas e perspectivas. **Revista Direito e Práxis**, 1(9), 443-460. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/32715. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Sherman, L. W.; Strang, H. **Restorative Justice:** the evidence. London: The Smith Institute, 2007.

Sinaga, H. Implementation of Restorative Justice in Indonesian General Courts (based On the decree of the director- general of the supreme court of the republic of indonesia. **International Journal of Research -Granthaalayah,** 4(9), 424-434. 2021. Disponível em: https://doi.org/10.29121/granthaalayah.v9.i4.2021.3886. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Sinaga, J. Implementação da justiça restaurativa nos tribunais indonésios: um passo à frente. Revista Asiática de Direito Penal, 26(1), 109-126. 2021.

Stern, R. Going Beyond the Kantian Philosophy: On Mcdowell's Hegelian Critique Of Kant. **European Journal of Philosophy**. 2(7), 247-269. 1999. Disponível em: https://doi.org/10.1111/1468-0378.00085. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Umbreit, M. S.; Armour, M. P. Restorative Justice Dialogue: An Essential Guide for Research and Practice. New York: **Springer Publishing Company**, 2010.

Valle, C. **Poena Forensis y Retribución**. 2020. Disponível em: Indret. https://doi.org/10.31009/indret.2020.i3.07. Acesso em: 10 de mai. 2023.

Wal, Z., Graaf, G., Lasthuizen, K. What's valued inost/ Similarities and differences between the organisational values of the public and private sector. **Public Administration**, Nova Jersey, v. 86, n. 2, p. 465fi/82, 2008.

Zamblasi, V.; Klee, P. Justica Restaurativa e inediacño penal em Portugal: contextualizacño e reflexoes sobre a Lei n° 21/2007. **Revista Eletroixica de Direito Processital**, Maracanfi Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, 2018.

Zehr, H. **The Little Book of Restorative Justice.** Pennsylvania: Good Books, 2002.

RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO BRASIL

COSTA, Laura

LOPES DE SOUZA JUNIOR, Raul

ALVES DE OLIVEIRA, Edmundo

O objetivo geral deste estudo foi relacionar á taxa de descriminalização com a taxa de superlotação dos presídios. Em específicos, os objetivos foram: caracterizar a população carcerária; caracterizar as instituições prisionais; identificar práticas de ressocialização; e ponderar sobre os índices de reincidência prisional. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, cujos dados foram coletados no CNJ em 2019. Concluiu-se que a taxa de descriminalização foi inversamente proporcional à taxa de superlotação dos presídios e que a infraestrutura deficitária e superlotada impediram a reeducação do detento. Notou-se que a população carcerária era de 748.009 presos, sendo 48,46% no sistema fechado; 17,83% no semiaberto e 3,36% no regime aberto. Além, havia 222.558 presos provisórios, 250 em tratamento ambulatorial e 4.109 em medida de segurança. Contatou-se ainda, que as instituições prisionais se caracterizam por apresentar um elevado déficit de vagas, precisamente, 312.925. Em complemento, a política de ressocialização pauta-se pela Educação reforçada no sistema prisional; oferta de oficinas para aperfeiçoamento laboral; oferta de oportunidades de trabalho durante a execução da pena; uso de penas alternativas; e redução do número de presos provisórios. No entanto, tais práticas são insuficientes, já que 42,5% das pessoas com mais de 18 anos, que tinham processos registrados em 2015, e retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019. A maioria dos atos infracionais eram leves, equiparados aos crimes de porte de arma, roubo, furto e tráfico de drogas. Portanto, pondera-se que as superlotações dificultam a ressocialização do preso e que a pena privativa de liberdade é causa direta da superlotação. O ideal seria a propagação das penas alternativas.

Palavras-chaves: Ressocialização do preso; Superlotações; Sistema Prisional.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):PIBIC- UNIARA.

1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho pretende-se mostrar as dificuldades a cerca do sistema da ressocialização do preso no Brasil, pois a ressocialização é objeto de discussão á anos, alguns defendem que a problemática existe devido a falência do sistema prisional brasileiro e outros defendem que a ressocialização do preso se torna ineficaz por conta do Estado, que não fornece o amparo nos estudos, educação e trabalho dos presos e dos indivíduos ainda quando menores.

Na moldura do Estado de Direito Democrático e consoante os ditames da Lei de Execução Penal, a pena privativa de liberdade tem também uma finalidade social, que consiste em oferecer ao condenado os meios indispensáveis para sua reintegração social. Portanto, a execução penal possui como finalidade, além do efetivo cumprimento da pena, a ressocialização do indivíduo. Porém, o atual sistema carcerário não oferece condições mínimas e dignas para que o indivíduo consiga uma efetiva ressocialização ao sair da prisão.

A melhor maneira de compreender a ressocialização é considerar que é um processo no qual o indivíduo que se envolveu com o crime, deve passar por uma série de tratamentos, com o objetivo de reintroduzir esse indivíduo na sociedade.

Quem observa, vê que no Brasil muitas pessoas ao entrar para a criminalidade, raramente sai, sendo assim é um caminho que muitas pessoas perdem a esperança. E uma forma de minimizar isso é passar pela ressocialização, que consiste em educar de forma que a pessoa que poderia vim a cometer um delito, não o fizesse, tendo assim que mudar os costumes e a forma na qual ela vive.

Realmente, evitar a criminalização seria a melhor do que ter que ressocializar, mas como evitar que pessoas cometam delitos e crimes tão graves? É uma tarefa simples quando colocada no papel, porém a realidade é outra. A melhor maneira de evitar crimes e delitos é com os meios de educação como prioridade e o trabalho, se o nosso país não tivesse desempregos será que as taxas da criminalidade seriam menores? Os resultados dessa ação seriam surpreendentes.

Mas ao falarmos de ressocialização, para um condenado que já nasceu em um lugar que o crime comanda em vez do Estado, aprendendo de forma errada, é um desafio e tanto, porém

com mecanismos corretos que seria a ocupação desse condenado, com educação, faculdade, cursos técnicos ou um emprego digno, no qual ele não terá mais que recorrer ao crime para poder levar sustento para sua família e ter uma vida digna.

Essa pessoa que está passando pelo processo de ressocialização deverá mudar primeiramente sua cabeça, sua forma de pensar. Mas para mudar essa situação o Estado deverá garantir mais empregos e uma educação mais regrada, pois sem isso fica impossível ressocializar, essa pessoa apenas voltará pior do que entrou e voltará a cometer novos delitos.

O entendimento do sentido de ressocialização na área penal remete ao esclarecimento de alguns pontos, e o início é pela etimologia do termo. A noção etimológica do termo Ressocialização recobre um amplo campo semântico: reabilitação, recuperação, readaptação, reinserção, entre outros léxicos correlatos (BECHARA, 2004)

Ressocializar um preso é ensinar a ele padrões novos de vida, para que assim abandone as práticas erradas que vinha cometendo e tenha uma nova oportunidade de recomeçar sua vida, trabalhando e estudando, buscando o que é certo. Assim, deixando a criminalidade e os delitos.

Nessa perspectiva, diante das superlotações de presos, percebe-se a necessidade de avaliar a ressocialização do preso no Brasil.

Portanto, indaga-se: A ressocialização do preso no Brasil tem surtido o efeito esperado?

Então, o objetivo geral analisar a descriminalização do preso no Brasil, verificar formas de melhoria da ressocialização, e apresentar formas de como combater as superlotações.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: identificar as origens e a evolução histórica da pena; verificar as penas aplicadas e suas finalidades e por fim analisar População carcerária e apresentar alternativas para a crise na ressocialização.

Parte-se da hipótese de que a ressocialização não tem surtido o efeito esperado no Brasil, pois muitos indivíduos presos não querem se ressocializar e as estratégias do Governo são infrutíferas ao não estabelecer para eles trabalho adequado para sua reeducação e estudo de uma forma que o ressocialize, aos poucos que fornece emprego, a maioria dos trabalhos realizados não tem efeito ressocializador, apenas ocupacional, sendo assim apenas ocupando o preso e fazendo o tempo passar e não usando esse tempo para reeduca-lo.

Com tudo, para viabilizar a teste da hipótese, realiza-se uma pesquisa de finalidade básica estratégica, objetivo descritivo, com abordagem qualitativa, sob o método hipotético-dedutivo realizada com procedimentos bibliográficos e documentais.

No nosso primeiro objetivo especifico visamos analisar a pena no direito penal Brasileiro, sua origem e toda sua evolução histórica, trazer desde sua origem, começando com o conceito de pena, depois vindo com os períodos das vinganças, analisando como era os períodos da vingança privada, vingança divina e o da vingança pública e por fim o período humanitário da pena.

No segundo objetivo especifico, verificarmos as penas aplicadas e quais as suas finalidades, quais os tipos de penas temos no Brasil, como funciona cada um deles, qual seria mais apropriado para a melhor ressocialização do preso, pois ao analisarmos as penas vimos que temos diferentes tipos de regimes, penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e as penas de multa.

No terceiro objetivo especifico, faz-se analisar a situação da população carcerária e apresentar alternativas para a crise na ressocialização, após verificamos dados de informações penitenciárias vemos que a população carcerária está totalmente saturada, com quase o dobro de presos por vagas, vimos também que os presos provisórios ocupam a maioria dos espaços da população carcerária, por fim apresentamos algumas alternativas para a crise na ressocialização do preso no Brasil, sendo elas a educação reforçada no sistema prisional, em crime de roubo ou furto a reparação do dano, o maior uso das penas alternativas e a diminuição dos presos provisórios.

Ao final, conclui-se que os objetivos são atendidos e a pergunta resta respondida com a refutação da hipótese, durante o trabalho descobriu-se que as superlotações seriam um dos maiores problemas que causam diversos fatores que atrapalham a ressocialização do preso, sem contar que para determinados crimes, a pena privativa de liberdade não seria tão eficaz, seria melhor as penas restritivas de direito, portanto fez- se o teste da hipótese que foi refutada pois não são os presos que não querem se ressocializar, mas sim o Estado que não ofereceu condições mínimas de estudo quando eles eram menores, educação, o que evitaria o crime, sem contar, as

condições das cadeias que são totalmente precárias assim dificultando e revoltando os presos ao invés de ressocializar.

1 Pena no direito penal

Ao fazer uma análise da sociedade, busca-se descobrir a evolução histórica da pena, e como o direito penal veio a ser como nos dias atuais, sabendo que um dos nossos objetos de estudo é a pena de prisão, cabe primeiramente apontar o significado da expressão pena, que é uma sanção imposta pelo Estado como meio de retribuição ao ato ilícito praticado com o intuito de diminuir um bem jurídico para evitar novos delitos, conceitualmente, Damásio de Jesus nos mostra:

> A sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos (JESUS, 2015 p. 563)

No mesmo sentido Fernando Capez no seu curso de direito penal nos mostra que uma das finalidades é promover a readaptação social do indivíduo e prevenir novas transgressões por meio da intimidação que fica para a coletividade:

> Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, 2007, p. 358)

Sendo assim, pena é sanção imposta pelo Estado ao culpado pela prática de uma infração penal e consiste em uma privação do bem jurídico na qual tem por objetivo retribuição punitiva ao delinquente e evitar novos delitos e prevenir novas transgressões.

A pena veio progredindo ao longo do tempo de acordo com a sociedade e ao decorrer das gerações veio se moldando com a tentativa de repreender os atos dos criminosos, nos mostra JARA:

> A pena como meio de punição a uma conduta condenável por determinado grupo social, sofreu mudanças no decorrer das gerações adaptando-se à sociedade como tentativa de repreensão a atos criminosos. A pena foi se amoldando aos tempos, conforme a sociedade progredia a noção de pena e o direito penal progredia junto (JARA, 2018, p.15)

A noção de pena foi aumentando conforme eles foram aplicando as penas, e a pena veio a ser mais estruturada, diante disso, o direito penal veio a crescer junto com a noção do que realmente era uma pena e se amoldando aos tempos atuais.

Com o surgimento das civilizações, surgiu também as ideias a respeito da pena sobre como ela melhor se adequava naquele período, segundo JARA (2018, p.15) a pena depois de entrar na sociedade nunca mais se afastou da humanidade, surge então a fase primitiva que foi um marco muito importante na história da pena, essa fase foi dividida em dois períodos, o primeiro é o da vingança privada, divina e pública e o segundo, conhecido por Direito Penal Comum. Posteriormente, temos a fase humanitária, também chamada Clássica, nela, finalmente, temos a humanização das penas, evidenciando o surgimento da dignidade humana.

Essas fases foram passando ao longo do tempo, porém uma sempre estava presente na outra nunca sendo apenas uma única fase, tinha a existência concomitante dos princípios característicos de cada período, veja o que nos diz E. Magalhães Noronha:

> Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário. Todavia, deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece, logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, está ainda permanece a seu lado. (NORONHA, 2004, p.20)

A questão principal obviamente, não está nas fases estarem juntas ou não, mas em ver que em determinados períodos ao ter uma fase, outra não se extinguia completamente e sim andavam em conjunto, até a sociedade se tornar totalmente adepta da nova fase.

Conclui-se que a pena é uma retribuição ao mal causado, por meio de uma infração penal e que tem por seu meio a privação do bem jurídico, como forma de retribuição ao infrator, é necessário salientar que houve dois períodos que marcaram a pena, que foi o período da vingança no qual mostra a vingança privada, divina e publica. Nos trazendo a fase humanitária que nos trousse um direito penal mais humano e menos cruel que todas as fases da vingança, pois entendia que como o indivíduo é ser humano a pena deve também ser humana, não tão cruel.

No período da **vingança privada** pode se dizer que foi um período muito cruel que visava somente retribuir o mal causado, nesse contexto às vezes era retribuído muito mais, com muita crueldade, o mais preocupante, contudo, é que era um verdadeiro ciclo de vingança interminável (GRECO, 2017)

É importante ressaltar que nesse período a base foi á lei de talião uma das leis mais antigas, e vigorava o Código de Hamurabi, que eram códigos que disciplinavam as penas, e entendiam que o dano causado deveria ser igualmente retribuído como forma de pena para quem cometeu

aquele delito, sendo assim viam como uma forma justa a retribuição da vítima ao mal causado pelo agressor com o próprio mal, ressalta GOMES:

> A lei de talião foi à base das leis penais mais antigas, como o Código de Hamurabi16 que disciplinava a importância da retribuição da pena, onde a vingança da vítima era menos desproporcional ao dano cometido pelo ofensor, isto é, era justa a retribuição da vítima ao mal causado pelo agressor com o próprio mal. (GOMES, 2021, p. 51)

Sob essa ótica, ganha particular relevância enfatizarmos que o Código de Hamurabi foi utilizado nesse período, mas não era o único que entendia que vingança era uma forma justa de pena, assim como também o de Manu, a lei das XII tábuas, foram códigos que puniam com rigor o que lhe causava algum mal, vejamos um artigo do Código de Hamurabi16 para exemplificar:

> o artigo 25, § 227 do código supramencionado, explicitava que se um pedreiro construísse uma casa e essa casa desabasse, matando seu proprietário, o pedreiro teria como castigo sua morte, mas se a construção ruísse sobre o filho do proprietário, a pena recairia sobre o filho do construtor. Além do código de Hamurabi, outras codificações antigas como Código de Manu, a Lei das XII tábuas e até mesmo o direito penal Romano entendiam que a vingança privada era forma justa de punição de crimes. (GOMES, 2021, p. 51)

Desse ângulo, faz sentido entender como o povo era tão cruel, estava na sociedade deles, eram os costumes, esse artigo nos mostra que as penas eram sem qualquer limitação, questões,

contudo, obviamente incompatíveis com as do nosso cotidiano, que no Brasil não aceitamos a pena de morte, salve em caso de guerra declarada.

É interessante, aliás, que o mal se sobrepõe a tudo nesse período, sabe-se de antemão que a finalidade era apenas retribuir o mal sofrido, de forma arbitrária, a Lei de Talião veio como forma de dar uma proporcionalidade a essa forma de punição, nos aponta no mesmo sentido GOULART:

> A vingança privada era aplicada por quem sofreu o dano, por seus parentes ou pelo grupo social que esse integrava, e tinha como finalidade apenas a retribuição do mal sofrido, de forma arbitrária. A Lei de Talião surge, nesse contexto, trazendo consigo a ideia de proporcionalidade, mesmo que de forma vaga. (GOULART, 2021, p. 03)

Quem observa o período da vingança privada percebe que foi um marco na história da pena, pois foi um período muito duro.

É preciso ressaltar que, infelizmente o período da vingança privada foi um dos períodos mais cruéis, pode se dizer que o mais cruel entre todos os períodos, mesmo assim todas as leis criadas e as formas que foram seguidas, suas formas de aplicação e esses costumes, foram marcos na história da pena.

No período da **vingança divina**, evidenciava que a ideia de que punir com rigor trazia satisfação da divindade, o castigo seria de acordo com a grandeza do Deus ofendido, BITENCOURT nos mostra com clareza isso:

> O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade,

> pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido (BITENCOURT, 2009, p. 140).

É verdade que naquela época os desastres naturais eram tidos também como castigo a eles, nos antigos grupos sociais, os fenômenos naturais eram considerados manifestações divinas angustiadas com a falta de reprimenda aos atos criminosos praticados pelo povo daquela sociedade (BITENCOURT, 2009)

Segundo NORONHA (2003) nessa época era colocado em pratico o direito religioso, teocrático e sacerdotal. Foram criados diversos códigos visando como base a purificação da alma do indivíduo através do castigo, para que ele alcançasse a bem-aventurança e era o sacerdote que ficava encarregado de aplicar a pena.

É importante ressaltar que esses sacerdotes eram tidos como próximos de um deus, e suas vontades eram vistas como vontade divina, nos ensina GOULART:

> [...]a vingança divina, que era aplicada por sacerdotes, pois esses eram tidos como próximos de um deus e, com isso, acreditava-se que eles atuavam conforme a vontade divina. Vale ressaltar que o contexto social dessa época era munido de crenças sobrenaturais. (GOULART, 2021, p. 03)

Segundo (BITENCOURT, 2009) a legislação típica dessa época era o Código de MANU, com base nesse ponto, sabemos também que, usavam desses mesmos atributos a legislação que foi aplicada no Egito, na China, na Pérsia, em Israel e na Babilônia.

> O castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida do infrator. Na verdade, a pena em sua origem distante representa o simples revide à agressão sofrida pela coletividade, a b s o l u t a me n t e

> desproporcional, sem qualquer preocupação com algum conteúdo de Justiça. (BITENCOURT, 2012, p. 139)

Ora, as consequências desse período permanecem bem marcadas até hoje em nossas vidas, ao falar como os sacerdotes puniam as pessoas, como a igreja fazia uso da prisão, as pessoas ao escolher uma religião levam isso em conta, embora se saiba que tradicionalmente a igreja fazia essas coisas, hoje, porém não existe mais isso.

Temos por último o período da **vingança publica** que nos seus primórdios se dividia entre o poder divino e o poder político, já com uma sociedade mais moldada e com uma melhor organização social.

Consequentemente, uma nova etapa que surgia para mudar a forma de punir, é importante ressaltar que as autoridades públicas ganharam mais força que a religião nesse período, no entanto, chamar a atenção ao fato de que os costumes já não eram mais a forma como eles aplicavam as leis, o que faz a política ganhar força e deixar de lado a religião como base na forma de punir os indivíduos. Veja o que nos assegura Georg:

> O Período da vingança pública acompanhou uma nova etapa de afastamento entre os valores do Direito e da Religião. O fortalecimento do Estado já não era mais compatível com o uso dos costumes como fundamento de criação e aplicação das leis. Dessa forma, as autoridades públicas se tornaram as principais responsáveis pela execução das penas, substituindo a antiga função religiosa pela função política. (GEORG, 2021, p. 12)

Obstáculos de ordem ética foram removidos como o direito da igreja de punir e passou a ser o Estado quem punia, ainda de forma não tão coerente aos dias de hoje. Lembro nesse sentido que nesse período as formas de punição eram tidas como justas aos olhos deles, a melhor maneira de compreender esse processo é considerar que as formas de punição passaram por

diversos períodos até se moldar a forma de hoje, que aos nossos olhos é justa e busca ressocializar o indivíduo.

Diante desses dados, sabemos também que nesse período a principal característica era a segurança do soberano, um período em que o Estado queria mostrar forma e intimidar a população, dessa forma, se torna um Estado que punia com rigor quem não obedecia:

> A primeira finalidade reconhecida desta fase era garantira segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito criminal da época. (BITENCOURT, 2012, p. 142)

Fica evidente que a crueldade dominava nesse período, que foi um marco, ao passar do período da vingança divina para o período da vingança pública, o poder de punir que era de acordo com o Deus ofendido passou a ser de forma que o soberano punia em nome de Deus.

Vimos que todos esses períodos foram fases cruéis e desumanas e que mesmo com o surgimento de um novo período os antigos não foram descartados nos traz (BITENCOURT, 2012 p. 143) "Ao lado da vingança pública, os gregos mantiveram por longo tempo as vinganças divina e privada, formas de vingança que ainda não mereciam ser denominadas Direito Penal."

O período humanitário foi um período que trouxe muitas mudanças no direito penal, tendo como base que o criminoso por mais que seria criminoso, ainda assim ele seria ser humano, e não poderia ter uma pena tão cruel, deveria assim ter uma pena mais humana, Barbosa nos mostra, veja:

> O período humanitário, que surgiu em meados do século XVIII juntamente com o Iluminismo na Europa, trazendo assim muitas mudanças para a evolução do direito penal, tendo em vista o ideal da luta entre luz e trevas, estimulando a razão contra a autoridade, onde a punição deveria respeitar a condição de ser humano do criminoso,

> ficando marcada pela abolição dos suplícios. (BARBOSA, 2018, p. 306)

De fato, esse período que foi marcado pela abolição dos suplícios, trouxe muitas mudanças na evolução do direito penal, trazendo mais humanidade as penas, deve-se observar que apesar de criminoso, tem que respeitar a condição de humano.

Daí a percepção de que, mudaria totalmente, o conceito de pena, tudo com um caráter mais humano e menos cruel, com a finalidade de combater realmente o crime, Cesare Bonessana não foi o primeiro a falar dessa mudança no direito penal, veja o que nos diz FADEL:

> Importante destacar que Marquês de Beccaria não foi o primeiro a abordar o tema àquela época, porém, teve o mérito de, em decorrência da forma como se expressou, despertar a atenção de grande parte da população. (FADEL, 2012, p. 64)

No mesmo sentido que Fadel, Boiani (2013, p. 2) em sua revista de curso de Direito enfatiza que "No período humanitário, presente na segunda metade do século XVIII, houve como marco a censura aos abusos do direito penal anterior, consagrado por ter penas cruéis e pena de morte.

Esperava-se dessa forma, trazer no período humanitário um direito penal mais justo e menos cruel, o que importava, portanto, era modificar as formas de aplicação da pena, que não foi uma tarefa fácil, é preciso ressaltar que infelizmente a sociedade era moldada de uma forma e para mudar isso exigia um trabalho.

Finalmente sabemos que esse período foi um período onde passaram a estudar mais as penas, aplicando-as com um caráter mais humano, por isso o nome de período humanitário. Ora essas mudanças permanecem até hoje em nossa sociedade, nos fez refletir sobre qual a

finalidade da pena e que punir com rigor muita das vezes não é o melhor caminho, é indiscutível que foi uma mudança que provou para a sociedade que temos que estudar bastante as penas e aplica-las da melhor forma.

2 penas aplicadas e suas finalidades

Diferentemente do que aconteceu nos períodos passados, hoje temos um direito penal mais moderno, até porque as penas se atualizaram e deixamos a crueldade para trás, aplicando apenas penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e penas de multa. Para encontrar uma pena que seja justa, tivemos que passar por momentos injustos, veja o que nos diz Bitencourt:

> [...] era indispensável que se encontrassem novas penas compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas, que, se na época, não foram injustas, hoje são. Nada mais permite que se aceite o artesanal punitivo do museu do século XVIII. [BITENCOURT ,2006, p. 526]

Pode-se dizer que antigamente as penas eram justas aos olhos deles, mesmo sendo cruéis, vale considerar, que naquela época não tinham o conhecimento de hoje, os estudos, sabemos que esse pensamento não irá voltar.

É interessante analisarmos o que o código penal nos mostra a respeito das penas, deve-se entender que, existe a pena de detenção ou a pena de reclusão, é necessário também analisarmos os regimes que são, regime fechado, semiaberto e o regime aberto, veja:

> **Art. 33** - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (BRASIL,1940)

Está certo que cada regime tem seu local de cumprimento da pena, vale salientar que o regime fechado será em estabelecimento de segurança máxima ou média, o semiaberto em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e o regime aberto será em casa de albergado ou estabelecimento adequado, veja que o seu no §1° nos diz o Código Penal:

> a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
>
> b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
>
> c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. (BRASIL,1940)

Tendo em vista os locais, vale lembrar que na pratica o semiaberto muitas vezes é feito em oficinas dentro dos próprios presídios e regime aberto não é feito em casa de albergado, mas sim na própria casa do preso, respeitado todas as outras regras.

Sabemos também que para cada regime deve ter alguns critérios que devem ser observados, por exemplo:

> a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-Ia em regime fechado; (BRASIL,1940)

Esses critérios e requisitos estão elencados no artigo 33, §2° onde elenca o regime ideal regime para cada pena aplicada, devendo ser seguido rigorosamente, ressalvado "ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso" (BRASIL,1940)

Diante da percepção de que temos diferentes regimes prisionais, uma interpretação possível é que cada um deles tem sua diferente finalidade, dessa forma espera-se que cada regime seja eficaz e adequado para reeducar e ensinar o preso a voltar para a sociedade de forma que não

volte mais a cometer novos delitos.

As **penas privativas de liberdade** são as mais comuns, elas atingem o direito de ir e vir, restringindo a liberdade do indivíduo, o mesmo permanece em estabelecimento prisional por um determinado tempo, veja o que nos diz BITENCOURT:

> A pena privativa de liberdade é aquela que restringe, com maior ou menor intensidade, a liberdade do condenado, consistente em permanecer em algum estabelecimento prisional, por um determinado tempo. As penas privativas de liberdade são divididas em: Reclusão e Detenção (BITENCOURT, 2011 p. 85)

Com base neste ponto, vale ressaltar a proposta que a pena privativa de liberdade tem frente a ressocialização, nos traz FERREIRA:

> A proposta ressocializadora da privação de liberdade está aliada a existência de limitação do poder punitivo e a humanização da justiça e da pena. A pena privativa de liberdade adotada pelo Estado como pena núcleo do sistema punitivo surge como meio eficaz de controle social, sendo o marco para humanização da execução penal. A partir de então a pena passa a ter caráter não apenas retributivo tendo como fim fazer a justiça. Sendo aplicada em consequência ao delito praticado. (FERREIRA, 2016, p. 28-29)

É certo que há um ponto fundamental nessa proposta, que temos que esclarecer, é a reinserção do indivíduo na sociedade, passando a não ser mais a finalidade da pena o caráter apenas punitivo, mas sim caráter educativo e ressocializador (FERREIRA, 2016)

Vejamos o que nos diz Greco a respeito da pena privativa de liberdade:

> As penas privativas de liberdade determinam a perda ou diminuição da liberdade de locomoção do indivíduo delinquente, e foram criadas com o propósito de retribuir o mal causado pela prática do crime e como meio legítimo de proporcionar a reinserção do apenado à sociedade após ser totalmente recuperado. São cumpridas em estabelecimentos prisionais sob supervisão estatal. (GRECO, 2011, p. 226)

Conforme verificado, sob essa ótica, temos que destacar que as penas evoluíram muito ao longo do tempo, porém não perdeu seu caráter punitivo, veja o que nos diz ROXIN:

> Assim, é possível inferir que a pena evoluiu junto com os seres humanos e foi tomando diversos sentidos e conotações ao longo dos anos, assimilando, como sinônimo de pena, diversas formas de punição, como por exemplo: as penas corporais, as penas privativas de liberdade e as penas restritivas de direitos. (ROXIN, 2002, p. 88-89)

Finalmente sabemos que as penas privativas de liberdade têm uma função na sociedade de restringir o indivíduo, sobretudo existe autores que apontam ser uma pena não tão ressocializadora.

As **primeiras penas restritivas de direito**, surgiram na aprovação da lei 7.209/89, com a tentativa de alteração à Parte Geral do Código Penal, veja o que nos diz MATTOS:

> Após vários movimentos de estudiosos da área penal, já na década de 80, no sentido de criar medidas que estimulassem a reintegração social

> dos sentenciados, o Ministro da Justiça constituiu uma Comissão, com o objetivo de apresentar mudanças à Parte Geral do Código Penal, resultando na aprovação da Lei 7.209/84, instituindo, assim, no Brasil, as primeiras penas restritivas de direitos. (MATTOS, 2017, p. 06)

As penas restritivas de direitos evitam o cárcere e a privação da liberdade, segundo Ferreira (2020, p. 18) "Para alguns doutrinadores, tal instituto é também chamado de alternativas à pena de prisão, sendo que, inobstante a divergência de nomenclatura, via-se evitar o cárcere."

É preciso, porém, ir mais além e analisarmos cada uma das penas restritivas de direitos, elencadas no artigo 43 do Código Penal.

1) A Prestação pecuniária é um tipo de pena que o delinquente para a vítima ou a seus dependentes, caso a vítima não tenha nenhum dependente esse valor será em prol de uma entidade social:

> A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro (cujo quantum será não inferior a um, nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos) à vítima, a seus dependentes, ou à entidade pública ou privada, com destinação social. Desta forma, em regra, a prestação pecuniária reverterá à vítima, se ela não puder ser beneficiada, seus dependentes. Contudo, em não havendo vítimas nem dependentes, ou havendo aceitação de um deles, aí sim a prestação pecuniária reverter-se-á em prol de uma entidade social. (TEOTÔNIO, 2009, p. 08)

2) Perda de bens e valores: "consiste em sanção em que o magistrado determina o perdimento, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, ressalvada a legislação especial, de bens e valores pertencentes aos condenados." (MATTOS, 2017, p. 12)

3) A Prestação de Serviços à Comunidade ou Entidades Públicas é uma das penas restritivas de direito mais conhecidas e busca uma nova forma dos sentenciados executar o castigo a ele aplicado:

> Tecnicamente conhecida como pena restritiva de direito, a Pena Alternativa Prestação de Serviços à Comunidade ou Entidades Públicas sofreu alterações, a começar pelo nome, onde se fez acrescentar a expressão "ou a entidades públicas" esta pena vem acrescentar aos sentenciados outras formas de executar o castigo atribuído a ele, executando tarefas em entidades, programas do Estado ou comunidade, acrescentou-se esse nome, devido ao preconceito sofrido aos sentenciados que cumpriam penas, por menor que fosse o delito. (CAMPOS, 2018, p. 64)

4) A Interdição temporária de direitos também muito conhecida, restringe alguns direitos como a proibição de exercício de profissão ou a suspensão de autorização ou de habilitação parra dirigi veículos automotores:

> [...] proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo automotor; e a proibição de frequentar determinados lugares, sendo que esta última pode ser considera pena restritiva de liberdade, embora seja denominada como pena restritiva de direitos no Código Penal(MATTOS, 2017, p. 12)

5) A Limitação de fim de semana é uma pena em que o condenado se restringe aos sábados e domingos em casa de albergado ou estabelecimento adequado, para ser ministrado cursos ou

atividades educativas e palestras, no Brasil como não temos mais casa de albergado o local onde são realizadas essas tarefas é na residência do condenado:

> A sanção prevista no artigo 48 do CP consiste em permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou estabelecimento adequado. Podendo ser ainda ministrados cursos e palestras ao condenado ou a ele atribuídas atividades educativas. (TEOTÔNIO, 2009, p. 13)

Tão importante quanto as penas privativas de liberdade, são as penas de multa, nesse ponto vale analisarmos esse tipo de pena, segundo BOTELHO:

> A pena de multa tem caráter de ressocialização, evitando o encarceramento dos criminosos em delitos curtos, de acordo com o ponto de vista do Direito penal. Mas, não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade exclusiva de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social de que o Estado e a sociedade devem dispor com objetivo ressocializador, como é a família, a escola, a igreja, etc. (BOTELHO, 2019, p. 04)

A pena de multa tem caráter de ressocialização e visa evitar o encarceramento e vejamos o conceito sobre pena de multa no nosso Código Penal:

> Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa.

> Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL,1940)

É interessante, sabermos que os pagamentos são ao fundo penitenciário, igual o Código Penal nos mostra acima, deve, no entanto, chamar a atenção para o fato de que, o valor será fixado pelo juiz, veja o que nos mostra o Código Penal em seu § 1º:

> § 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL,1940)

Vê-se, pois, que essa realidade das penas restritivas de direito e as penas de multa, são tarefas que buscam a ressocialização do indivíduo por caminhos diferentes, porém, são tarefas que tem como objetivo ressocializar o indivíduo, sendo umas mais eficazes outras não tão eficazes, é preciso ressaltar que elas fazem um papel muito importante na sociedade, como forma de ressocialização e também como medidas para acabar com as superlotações no nosso sistemas prisional brasileiro que anda afetado demais. Ora são penas que desde seu surgimento, permanecem até hoje no nosso sistema jurídico.

3 População carcerária e alternativas para a crise na ressocialização

Com o surgimento do Código Penal (Lei 7209/84) e da Lei de Execução Penal n° 7.210 (LEP) houve uma mudança muito importante para a população carceraria.

De fato, com a reforma do Código Penal, com o objetivo de regular os cumprimentos das sentenças, foi uma mudança crucial na população carceraria, seguindo as regras de Mandela, veja o que nos diz GOUVEA:

> No ano de 1984 ocorreu a Reforma do Código Penal (Lei 7209/84) e, juntamente, a publicação e advento da Lei de Execução Penal n° 7.210 (LEP) que foi incorporada adotando os ditames contidos nas Regras de Mandela, com a finalidade de regular o trâmite do cumprimento da sentença ou da decisão criminal. (GOUVEA, 2021, p.15)

É importante considerar que as regras trazidas afetam diretamente a população carceraria e vale salientar que com mais qualidade para os encarcerados a ressocialização se torna um caminho mais fácil a seguir do que anteriormente.

Essa lei veio para trazer a população carceraria um novo molde no qual visa os direitos e a reeducação dos presos como base que o Estado deve aplicar, veja o que nos diz GOUVEA:

> Essa lei dispõe que é dever do Estado zelar pelas assistências ao condenado sejam elas assistências materiais, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, assegurando o respeito a todos os direitos que não foram afetados pela sentença, além de garantir a integridade física e moral com o objetivo de revenir o crime e orientar o retorno do agente na convivência em sociedade. (GOUVEA, 2021, p.15)

Diante desses preceitos, cabem alguns questionamentos: os presos hoje em dia têm os direitos que a LEP assegura para eles? Ao sair da cadeia a pessoa que estava presa volta a cometer delitos?

A resposta mais racional para essas perguntas é analisarmos a quantidade de presos que temos no nosso sistema prisional brasileiro e quantos desses presos voltam a cometer um novo delito, voltam a reincidir após sair da prisão.

É preciso ir mais além e destacar cada ponto da população carceraria e investigar onde está o erro que faz os presos voltarem a cometer delitos, vejamos agora o número total dos presos em Unidades Prisionais no Brasil no período de 2019.

Segundo Nacional (2019) nos mostra em seu levantamento nacional de informações penitenciarias que no período de julho a dezembro de 2019, tirando os dados das policias judiciarias (federal, distrital e estadual) também batalhões de policias e bombeiros militares o número total de presos é de 748.009, sendo eles no fechado 362.547, no semiaberto 133.408 no aberto 25.137, presos provisórios 222.558, tratamento ambulatorial 250 e em medida de segurança 4.109, incluindo nesses números outras prisões o total é de 755.274.

Diante desses dados temos uma percepção de que nosso sistema penitenciário a população carceraria está saturada e a maioria dos presos são presos provisórios e no regime fechado, a realidade explicita um quadro bem destinto do esperado, pois os presos provisórios estão ocupando quase o mesmo tanto do que os presos no fechado.

Parece óbvio que há alguma coisa errada, assim formando as superlotações, vale também analisarmos também que segundo Nacional (2019) a população prisional por faixa etária, a maior parte dos encarcerados tem a idade entre, 18 a 24 anos que é 23,29% do total, 25 a 29 anos 21,5%, 30 a 34 17,32%, e 35 a 45 19,65%, totalizando assim a maioria dos encarcerados tem idade entre 18 e 45 anos.

Tão importante quanto, é verificar a taxa de aprisionamento e déficit de vagas segundo Nacional (2019), com o total de 755.274 de presos com penas privativas de liberdade, e temos apenas 442.349 vagas nos estabelecimentos prisionais e um déficit de apenas 312.925.

Diante do exposto, então é que vemos onde ocorrem as superlotações, existe quase o dobro de presos por vagas, sendo assim inviável ter cela individual, igual nos mostra a Lei de execuções penais (LEP) em seu artigo 88, veja:

> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. (LEP, 1984)

As causas dessa situação foram as superlotações que prejudica demais a ressocialização do indivíduo, pois com a superlotação, esses presos não tem condições mínimas de higiene, dormitórios e trabalho para sua ocupação.

Controlar essa situação é mesmo difícil, já que em um estabelecimento, pode haver o dobro de presos que deveria ter, é certo que trabalho e estudo, que é um ponto fundamental para a ressocialização do preso no brasil, se torna ainda mais complexo quando temos tudo em dobro, veja o que diz Assis:

> A própria superlotação dos presídios é uma conseqüência do descumprimento da Lei de Execução Penal, que dispõe em seu artigo 84 que "o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e sua finalidade". (ASSIS, 2007, ONLINE)

Conforme verificado, sabemos que as superlotações são um descumprimento do artigo 84 da Lei de execuções penais, no entanto, na discussão desse ponto cabe uma indagação: seria aí a tal causa de todo esse problema de ressocialização do preso no brasil? Seria a falta de estabelecimentos penais, ou o grande problema está na educação antes mesmo de ele se

É certo que para haver o número certo de vagas, teríamos que construir mais presídios, pois sabemos que temos o número de presos quase o dobro do que temos de vagas, deve-se entender, com isso, que são uma serie de fatos que estão falhando no nosso país para obtermos a ressocialização do preso, não somente a educação, como trabalho e vagas em presídios, são um conjunto de coisas que fazem o nosso sistema prisional brasileiro ser tão imperfeito.

Em conclusão, sabemos que o surgimento da lei de execuções penais foi uma grande evolução para a ressocialização do preso, pois buscava direitos ao encarcerado, entretanto, não é difícil entender que alguns fundamentos dessa lei não estão sendo comprido, causa assim as superlotações, a falta de higiene e outros diversos problemas que temos no nosso sistema

prisional e consequentemente a não ressocialização de diversos indivíduos que entraram para o mundo do crime.

3.1 Alternativas para a crise na ressocialização

A resposta mais racional para a atual situação no nosso sistema prisional brasileiro se mostra, tanto quanto importante para mudarmos essa realidade, devemos obter meios para realizar ações que visem a ressocialização ou previnem o cometimento do crime, fazendo com que não precisamos somente ressocializar, veja o que nos diz Bittencourt:

> Ressalta que a ressocialização não é o único e nem o principal objetivo da pena, mas sim, uma das finalidades que deve ser perseguida na medida do possível. Salienta também que não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade de conseguir a completa ressocialização do delinquente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social através dos quais o Estado e a sociedade podem dispor para cumprir o objetivo socializador, como a família, a escola, a igreja, etc. (Bittencourt, 1999, p.25)

Tão importante quanto a ressocialização que molda o preso dentro do presidio é o que ele faz fora do estabelecimento prisional, assim as ações realizadas pelos egressos precisam ser de educação, formas de ampliar o conhecimento, outros programas para o seu meio social, o Estado deve cumprir com a função de não deixar esses egressos voltarem a delinquir, fazendo programas sociais, dando empregos, etc.

Zacarias enfatiza muito bem esse ponto, veja:

> O trabalho é importante na conquista de valores morais e matérias, a instalação de cursos profissionalizantes possibilita a resolução de dois problemas, um cultural e outro profissional. Muda o cenário de que a grande maioria dos presos não possui formação e acabam por enveredar, por falta de opção na criminalidade e facilitam a sua inserção no mercado de trabalho, uma vez cumprida a pena. (ZACARIAS, 2006, p. 61)

Nesse ponto, sabe-se de antemão que conquistando os valores morais e materiais com cursos profissionalizantes, dando aos presos oportunidade quando estão lá dentro da cadeia e dar a eles a segurança que após sair de lá encontrará um emprego digno, seria a mais importante função do Estado, vale esclarecer que quando alguém tem uma oportunidade de emprego, as chances de o mesmo cometer um delito diminuem muito.

5.2.1 Educação reforçada no sistema prisional

Educação é a palavra fundamental para desenvolver o indivíduo intelectualmente e transformar as suas ações, sendo elas adequadas a sociedade, cumprindo regras e preceitos que são estabelecidos por lei, dar a informação necessária para não cometer deslizes, ressalta DA SILVA NETTO (2019, p.34) “Tudo começa com a educação, educar é desenvolver e transformar o ser instintivo e natural em um ser social, dotado de autocontrole através da informação. A base de qualquer nação vem do modo como educa os seus cidadãos, pois é deles que vem a sua força.

Veja essa pesquisa que a Universidade de São Paulo (USP) nos revela:

> A pesquisa comprovou a influência da educação no comportamento dos alunos. Constatou-se no primeiro ensaio que quando ocorre o investimento de 1% na educação, 0,1% do índice de criminalidade é

> reduzido. Porém, para isso, é necessário que a escola funcione como um espaço para desenvolver conhecimento, pois, no segundo ensaio, foi observado que escolas com traços da violência, como depredação do patrimônio, tráfico de 35 drogas, atuação de gangues, entre outros, podem influenciar a manifestação do comportamento agressivo nos alunos. (JACINTO, 2013, ONLINE)

Conforme verificado vemos que quando é investido em educação, a criminalidade é reduzida e o índice de ressocialização também aumenta.

3.1.1 Em crime de roubo ou furto a reparação do dano.

Esse tipo de delito é um delito que é praticado por muitos brasileiros e muitos deles são reincidentes, uma forma de prevenir essa reincidência seria a reparação do dano como forma de punir além da pena privativa de liberdade, muitas vezes o valor furtado não é reavido, nos mostra bem esse conceito DRIGO:

> Ainda hoje não se admite a aplicação das penas de restituição do bem ou restritivas de direito aos crimes de furto e roubo. As vítimas desse tipo de delito, por mais que consigam ver o criminoso sendo preso e pagando pelo crime que cometeu, nem sempre tem suas coisas reavidas, tampouco substituídas. A justiça penal só se importa em punir o delinquente, mas não se importa com a vítima que teve seu bem tomado. Se a pena para esses tipos de crime se limitasse à restituição do bem ou indenização, a quantidade de presos diminuiria e o problema da superlotação seria abrandado. (DRIGO, 2017, p. 51)

Diante disso, será inevitável que, num primeiro momento, o problema da superlotação seria afetado diretamente, o que seria muito bom para nosso país, pois quando uma área evolui, incentiva ainda mais as outras áreas e mostra cada vez mais esperança de que a ressocialização é possível.

3.1.2 Uso das penas alternativas

É preciso aumentar o uso das penas alternativas em nossa sociedade, pois como vemos a pena privativa de liberdade não tem surtido muito efeito e como vimos no período das vinganças não se trata de somente realizar a punição com rigor.

Aplicar penas alternativas diminuiria o contato dos novos presos com os presos que já fazem parte de uma facção criminosa, fazendo assim com que diminua essas facções e melhore o nosso sistema prisional brasileiro.

3.1.3 Diminuição dos presos provisórios

Sabemos que cerca de 222.558 presos são provisórios, nesse caso especifico, alguns desses números são presos sem a menor periculosidade, sabemos que a prisão cautelar em um país em que não temos nem vaga para os presos já com a sentença arbitrada, fica inviável obter a ressocialização, veja o que LIMA nos afirma:

> Com o despropósito de prisões cautelares, em um país que não tem vagas sequer para suprir e atender seus presos definitivos, influencia-se o aumento dos índices de criminalidade, da morosidade da justiça, bem como da situação precária a qual se encontra o sistema prisional brasileiro, da ineficácia da execução da política penitenciária e, principalmente, da violação dos direitos humanos nas prisões e da e

falta do acesso à justiça ao preso provisório. (LIMA TEMÓTEO CAMURÇA, 2017, p. 9)

Dessa forma, é fundamental que para a ressocialização fluir melhor, sem dúvidas devemos diminuir os presos provisórios que não tenham periculosidade, é indiscutível que diminuiria gritantemente o número de presos no Brasil, e os resultados dessa ação causaria um sistema prisional mais adequado para a ressocialização, menos populoso e com mais chances de dar ao preso um trabalho e alguns programas sociais.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 4 ed.São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

JACINTO, Lucas. **Investimento em educação reduz a criminalidade**. Disponível em: http://www.usp.br/agen/?p=138948. Acesso em: 07 junho 2021.

JESUS, Damásio. **Direito Penal:** Parte Geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 563.

Nacional, Departamento Penitenciário Nacional, **Levantamento Nacional de informações Penitenciárias**, disponível em:< https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> acesso em 05 junho 2021

NUCCI, GUILHERME. **Manual de direito penal**: revista, atualizada e ampliada. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 53-54, 63

DA INCIDÊNCIA DO TUSD e TUST NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

HENRIQUES, Vagner Elias

Primeiramente, insta salientar que o fornecimento de energia elétrica se sujeita a incidência de um imposto Estadual, denominado ICMS – (Imposto Sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior - Art 155, II CF 88). O presente trabalho visa: (I)- verificar a impossibilidade da inclusão da TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de distribuição) e da TUST (Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão) sobre a base de cálculo de ICMS para o fornecimento de energia elétrica, através de um estudo técnico e jurídico; (II)- elencar as Regras Constitucionais de incidência do ICMS, nas operações de venda de energia elétrica; (III)- estudar como é realizada a equiparação de energia elétrica à mercadoria; (IV)- averiguar de quem é a competência legislativa e de exploração da energia elétrica; (V)- especificar o que vem a ser a TUSD e TUST e (VI)- analisar os julgados que sustentam a legalidade e a ilegalidade da inclusão da TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS. A jurisprudência é dissonante a respeito do assunto, dispondo de diversas decisões antagônicas das receitas estaduais deste Tributo.

Palavras-chaves: Direito tributário – ICMS – TUSD – TUST - Energia elétrica

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s): Dedico este trabalho aos meus pais, irmãos, esposa e filhos.

1 INTRODUÇÃO

A energia elétrica foi considerada mercadoria para incidência do ICMS pela Constituição Federal, de acordo com o artigo 155, parágrafo 2º, inciso X, alínea "b" e parágrafo 3º. A legislação tributária atual (artigo 12, inciso I, da Lei Complementar 87/1996) prevê que o fato gerador do ICMS ocorre com a saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte e que o imposto deve ser exigido quando ocorrer a efetiva transferência de titularidade da mercadoria com a respectiva entrega definitiva do bem ao seu destinatário.

Ocorre que, o que está se discutindo é a exigência do ICMS, não apenas sobre o valor da mercadoria efetivamente consumida, mas também, sobre a TUST repassada ao consumidor, muito embora sem a devida descriminação nas faturas, e a TUSD, paga em razão da utilização do sistema de distribuição.

Desta feita, estabelecer ICMS sobre as tarifas que remuneram a transmissão e a distribuição da energia elétrica é fazer incidir tributo sobre fato gerador, antes de estar previsto, ainda que implicitamente na Constituição. Tal incidência estaria a violar o princípio constitucional da reserva legal previsto no art. 150, inciso I, da CF/88, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça.

Conforme súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça, os sistemas de transmissão e distribuição consistem em mero deslocamento da energia elétrica entre estabelecimentos, e não serviços de transportes da mercadoria efetiva e autonomamente contratados. Por não pressuporem qualquer ato de mercância ou circulação jurídica de mercadorias, e sim para utilização da rede de energia elétrica, não se configura necessário a erradicação da cobrança, declarando impossível a incidência, na base de cálculo do ICMS, das Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão e Distribuição (TUSD e TUST).

O ICMS, por tratar-se de imposto estadual, e, neste caso, relacionar-se diretamente à transmissão de energia elétrica, deveria incidir somente sobre o valor

efetivamente utilizado pelo consumidor, e não serviços de transportes da mercadoria efetiva e autonomamente contratados.

Assim, para o efetivo consumo da energia elétrica, deve-se levar em consideração o fato gerador do tributo, que é no momento da efetiva entrega da energia elétrica ao consumidor (entrada da energia em sua residência/estabelecimento).

As Jurisprudências sobre este tema são muito diversificadas e pendem para os dois lados, uns afirmando que o ICMS deve incidir (ter como base de cálculo) tão somente o valor da tarifa de Energia efetivamente entregue ao consumidor final, outros apontando que não podem ser dissociadas ou separadas de todo o processo de transmissão e disponibilização da mesma junto ao consumidor final.

Como visto, este tema vem sendo muito debatido nos tribunais, porém, entendemos pela não inclusão do TUST e TUST na base de cálculo do ICMS.

2 DESENVOLVIMENTO

CONCEITO DE TRIBUTO

Determina o Artigo 3º, do Código Tributário Nacional:

> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Tributo se forma com a prestação decorrente de uma relação jurídica entre duas pessoas: aquele que tem o papel de arrecadar o tributo (sujeito ativo) e o sujeito passivo, aquele que tem o papel de pagar o tributo. Tal relação jurídica tem início com a ocorrência do fato gerador (hipótese de incidência) fundamentado no art. 114 do Código Tributário Nacional:

> Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

O tributo decorre de uma situação descrita em Lei que acarretará no fato gerador ocorrendo uma relação jurídica em que o estado é o sujeito ativo e o contribuinte o sujeito passivo da prestação, pecuniária compulsória, ou seja, obrigatória, imposta legalmente sem depender da vontade do sujeito passivo.

Com relação ao ICMS são quatro os fatos gerados desse imposto: a) circulação de mercadoria; b) prestação de serviço de transporte interestadual; c) prestação de serviço de transporte intermunicipal; d) prestação de serviço de comunicação.

Essa compulsoriedade existe tanto para o Fisco como para o contribuinte, conforme previsto no artigo 142, §ú do CTN:

> Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
>
> Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Deste modo, para o Fisco, a obrigação de lançar também é compulsória, sob pena de incorrer em sanção disciplinar e crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal, por ausência de fiscalização.

Essa obrigação não pode ser afastada. Praticado o fato gerador, deve ser realizado o pagamento, pois a obrigação tributária é compulsória.

Todo tributo precisa nascer de uma Lei. Se o ente federativo (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) deseja que uma determinada situação, quando praticada, gere efeitos jurídicos, antes a essa prática precisa criar uma lei.

Não existe obrigação tributária que surge de um contrato ou convenção particular. Toda e qualquer obrigação tributária deve nascer, sempre, através de Lei Ordinária.

Com relação à energia elétrica há previsão de incidência do ICMS configura-se no art. 2º da Lei Complementar nº 87/96, de 13 de setembro de 1996:

> Art. 2º O imposto incide sobre:
>
> § 1º O imposto incide também:
>
> III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização ,

> decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Para que haja a incidência do ICMS em relação à energia elétrica ela deve ser destinada ao uso e/ou consumo próprio do adquirente e que não se destine à comercialização ou industrialização pelo adquirente.

Portanto, quem efetivamente paga o ICMS - energia elétrica é o consumidor final, desde que não se destine a comercializá-la ou industrializá-la. O problema é a cobrança indevida do imposto correspondente à chamada demanda contratada ou reservada.

Segundo a resolução nº. 456 da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) demanda contratada ou reservada é a demanda de potência ativa solicitada ao sistema elétrico, que a concessionária se obriga contratualmente a disponibilizar interrupta e continuadamente para o consumidor.

Assim sendo demanda contratada é a energia elétrica disponibilizada ao consumidor, mas, não necessariamente utilizada. Trata-se da denominada reserva de potência de energia, que, de acordo com a maioria da doutrina e a jurisprudência, não deve ser tributada pelo ICMS, o qual deve apenas incidir sobre a energia efetivamente consumida.

REGRAS CONSTITUCIONAIS DA INCIDÊNCIA DO ICMS:

O ICMS está previsto no Artigo 155 da Constituição Federal de 1988:

> Art. 155. COMPETE AOS ESTADOS e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
>
> § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
>
> I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

> II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:
>
> a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;
>
> b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;
>
> III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Embora seja um tributo de competência estadual, há duas leis complementares federais que disciplinam sobre o tema: lei complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975 (concessão de isenções do imposto) e lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), cabendo a esta última disciplinar matérias específicas previstas na constituição federal de 1988, em seu artigo 155, §2º, inciso XII:

> XII - cabe à lei complementar:
>
> a) definir seus contribuintes;
>
> b) dispor sobre substituição tributária;
>
> c) disciplinar o regime de compensação do imposto;
>
> d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;
>
> e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, "a";
>
> f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias;
>
> g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.
>
> h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;
>
> i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

O ICMS constitui-se um tributo com multiplicidade de fatos geradores, não incidindo apenas quando há circulação de mercadorias, podendo ocorrer o fornecimento

de mercadorias conjuntamente à prestação de serviços, desde que não seja de competência dos Municípios (Lei do ISS), haverá a incidência do ICMS.

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ESTADUAL DO ICMS:

A lei que cria o imposto é a lei ordinária do estado. Cada estado cria as regras necessárias para tributação de seu ICMS.

A constituição federal autoriza os estados e ao distrito federal, a criação do ICMS. Ela outorga a competência aos estados para que cada um, com autonomia em seus territórios, defina as regras tributárias deste imposto.

O poder foi dado ao Estado, o exercício deste poder fica a seu critério (cria-se ou não), pois sua competência é facultativa. O exercício do direito de criar o tributo é facultativo, só que a partir do momento que o tributo é criado e algum indivíduo, em âmbito real, circular a mercadoria, o Estado não pode abster-se de cobrar, pois tal ato passa a ser de cobrança compulsória.

O ato da criação da hipótese de incidência antecede a relação jurídica. A competência Estadual do ICMS foi determinada, pela Constituição Federal, corresponde a imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação. Qualquer outro serviço que não esteja nesse rol, sofre, em regra, a incidência do imposto sobre serviços (ISS) ou imposto sobre operações financeiras (IOF).

Cada Estado brasileiro exerce sua competência em instituir e cobrar o ICMS, este é um dos principais tributos recolhidos aos cofres públicos, no que tange a arrecadação tributária estadual (principal fonte de arrecadação dos Estados).

Não basta criar qualquer lei e dizer que ela é aplicada a certo Estado, que ela já existe e deve ser obrigatória. Devemos visualizar se aquela lei possui elementos mínimos necessários para que o contribuinte entenda como se dará essa relação jurídica, qual ato será enquadrado como fato gerador do tributo, o que o contribuinte tem que fazer, como essa relação jurídica vai nascer. Por isso, devemos observar a regra matriz, desenvolvida por um grande jurista e filósofo, Professor Paulo de Bastos Carvalo, onde ensina:

> "A construção da regra-matriz de incidência, como instrumento metódico que organiza o texto bruto do direito positivo, propondo a compreensão da mensagem legislada num contexto comunicacional bem concebido e racionalmente estruturado, é um subproduto da teoria da norma jurídica, o que significa reconhecer tratar-se de contribuição efetiva da Teoria Geral e da Filosofia do Direito, expandindo as fronteiras do território científico." (CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário – linguagem e método. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 153.).

Houve a criação de um sistema de validade das normas, ou seja, uma norma que disciplina a relação jurídico tributária entre o fisco e o contribuinte, no seguinte sentido: o Estado cria as leis, a partir do momento que essa lei foi criada, precisa avaliar os elementos de validade dessa norma, o que ele chama de mínimo existencial, para que aquela lei possa ser válida e aplicada no mundo jurídico. É necessário que essa lei detenha cinco elementos essenciais que possam disciplinar essa norma jurídica: antecedente da norma (critério material, espacial e temporal). Assim que preenchidos esses três requisitos, necessário analisar qual o consequente da norma (critério pessoal e quantitativo).

A partir desse regramento geral, caberá aos Estados Federativos, plena observância ao que ali fora instituído regulamentando suas alíquotas, sob condição de serem consideradas nulas de pleno direito caso infrinjam as normas legais.

CONCEITO DE ENERGIA ELÉTRICA E EQUIPARAÇÃO À MERCADORIA

O Código Civil disciplina em seu Artigo 83, inciso II, que, para efeitos legais, energia elétrica é considerado mercadoria, senão vejamos:

> Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:
> I - as energias que tenham valor econômico;

Conforme a Constituição Federal, em seu artigo 155, II e §3º:

> "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> ...

> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
>
> ...
>
> § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País."

Deste modo, sobre a energia elétrica só pode incidir o ICMS e, conforme o caso, incidirá o II (imposto de importação) e o IE (Imposto de Exportação).

Para que haja a configuração do fato gerador do ICMS-Mercadoria, três fatos devem ocorrer: operação (ou seja, transação mercantil), circulação (jurídica) de bens e mercadorias.

Circulação Jurídica ocorre quando há transferência de titularidade. O mero deslocamento da mercadoria (ir e vir), não pode ser tributado. Tal circulação é consumada quando há efetiva transferência na titularidade.

Sobre a energia elétrica, para que ela chegue a nossa residência, não necessariamente ela advém do município ou até mesmo estado no qual residimos, muitas vezes ela vem de localidades muito distantes, passando por diversas e inúmeras torres de distribuições e transmissões de energia elétrica, mas isso não significa que está havendo a circulação de mercadorias, até porque não houve a troca de titularidade, apenas está ocorrendo as atividades "meio" para que aconteça a atividade "fim", ou seja, a efetiva entrega da energia elétrica ao consumidor. Portanto, o mero deslocamento de uma mercadoria para estabelecimento do mesmo titular, não há incidência do ICMS.

Súmula editada em 1996 :

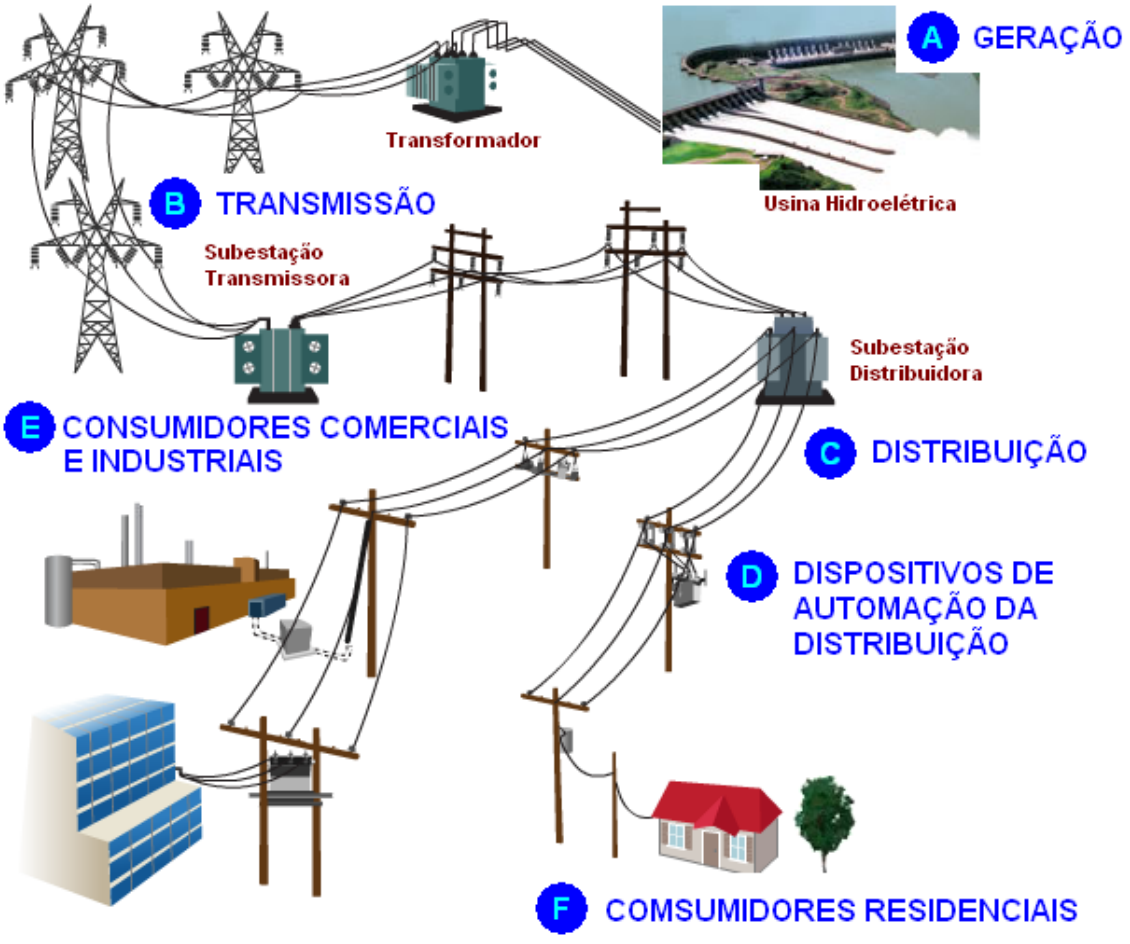
> "Súmula: 166 - NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE."

A transmissão ou distribuição da energia elétrica dentro das redes, antes de chegar ao consumidor final é um processo operacional entre as linhas e torres de energia elétrica não pode ser entendido como mercadoria. Não podemos afirmar que as

transmissões, quando ocorridas pela troca de energias. A TUSD e TUST são tarifas devidas, porém, elas não podem ser incluídas na base de cálculo para quantificação do ICMS.

TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO (TUST) E TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD):

Preliminarmente, necessário esclarecermos sobre a rede de transmissão e distribuição de energia elétrica, do momento de sua geração (A), até o momento da entrega ao consumidor final.



(fonte:http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAotcAF/sistema-fornecimento-energia).

Todo o processo de geração (A), transmissão (B) e distribuição (C) de energia elétrica é regulamentado pela ANEEL, através das Leis 10.548/2004, 10.848/2004,

9.648/98 e 9.074/95. É necessário passar por todas essas etapas de atividades em razão da natureza do bem a tributar, para que chegue energia final aos consumidores.

Quanto aos consumidores, podemos defini-los como livres e cativos.

Os consumidores livres são pessoas Jurídicas com demanda a partir de 3.000 KW (Lei nº 9.648/1998). Essas empresas possuem prerrogativas, como a escolha para ver quem será seu fornecedor de energia, poder de negociar o preço e demais condições, conforme suas atividades e seus negócios (aqui há mais possibilidade de negociação, não somente com a concessionária que presta serviço naquela localidade, mas ele pode optar por outras empresas que atuam, seja na distribuição, seja na transmissão).

Já os consumidores cativos, são pessoas físicas e/ou jurídicas (grande maioria são pessoas físicas), que adquirem energia de um distribuidor local, não possuindo legitimidade nenhuma para negociar com outras empresas que fornecem energia. Os consumidores cativos não negociam preços, mas sim, restringem-se as condições impostas pelas concessionárias (preços determinados pela ANEEL).

A TUST e a TUSD, são meios necessários para produção, geração e distribuição de energia. Não tem como a energia elétrica chegar nas residências sem percorrer todo o sistema, conforme demonstrado molde do desenho supracitado.

Conforme resolução normativa ANEEL - REN nº 559/2013, o uso do sistema de transmissão é pago através da TUST que é reajustada anualmente no mesmo período dos reajustes da Receita Anual Permitida (RAP) das concessionárias de transmissão.

A TUST é calculada por simulação do programa nodal, que utiliza como dados de entrada a configuração da rede, representada por suas linhas de transmissão, subestações, geração e carga e a RAP total a ser arrecadada no ciclo.

A TUSD foi criada pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Trata-se de uma tarifa do setor elétrico brasileiro que incide sobre os consumidores conectados aos sistemas elétricos das concessionárias de distribuição.

A TUSD integra o preço nos contratos de energia elétrica de grandes consumidores de energia elétrica (eletro-intensivos), ela se refere ao transporte desta energia no sistema interligado nacional.

Para que cada Consumidor possa fazer uso da mercadoria, cada concessionária de energia elétrica deve firmar relação direta com a ANEEL.

TESES QUE SUSTENTAM A LEGALIDADE DA TUST E TUSD NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

A TUST e a TUSD foram instituídas para remunerar o uso das instalações da rede básica de energia elétrica, que presta o serviço Público, serviço este indissociável de todo um processo para que a energia elétrica chegue até o consumidor final.

Os apoiadores da legalidade da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS defendem custear a transmissão e a distribuição da energia elétrica aos consumidores cativos e livres (indústrias, comércio, residências, etc), porque, segundo eles, as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica são atividades essenciais e indissociáveis ao fornecimento da energia.

Em resumo afirmam que a energia elétrica é produzida e transmitida desde a sua fonte geradora, passando pelas linhas e redes de transmissões elétricas, até chegar ao consumidor final. Portanto os custos decorrentes desta transmissão e distribuição são unos (pois compreendem uma sequência de atos), devendo, portanto, compor a base de cálculo do ICMS.

A energia elétrica é indissociável das atividades que a antecedem (geração, transmissão e distribuição de energia). Diferentemente da água e do gás, segundo o Professor Clever M. Campos, ela não pode ser armazenada, acontecendo ao mesmo tempo sua produção e se consumo.

Segue entendimento proferido em 21 d Março de 2017, pelo Ministro Gurgel de Faria, no RECURSO ESPECIAL Nº 1.163.020 - RS (2009/0205525-4):

> EMENTA - TRIBUTÁRIO. ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD). INCLUSÃO. 1. O ICMS incide sobre todo o processo de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista a indissociabilidade das suas fases de geração, transmissão e distribuição, sendo que o custo inerente a cada uma dessas etapas – entre elas a

> referente à Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) – compõe o preço final da operação e, consequentemente, a base de cálculo do imposto, nos termos do art. 13, I, da Lei Complementar n. 87/1996. 2. A peculiar realidade física do fornecimento de energia elétrica revela que a geração, a transmissão e a distribuição formam o conjunto dos elementos essenciais que compõem o aspecto material do fato gerador, integrando o preço total da operação mercantil, não podendo qualquer um deles ser decotado da sua base de cálculo, sendo certo que a etapa de transmissão/distribuição não cuida de atividade meio, mas sim de atividade inerente ao próprio fornecimento de energia elétrica, sendo dele indissociável. 3. A abertura do mercado de energia elétrica, disciplinada pela Lei n. 9.074/1995 (que veio a segmentar o setor), não infirma a regra matriz de incidência do tributo, nem tampouco repercute na sua base de cálculo, pois o referido diploma legal, de cunho eminentemente administrativo e concorrencial, apenas permite a atuação de mais de um agente econômico numa determinada fase do processo de circulação da energia elétrica (geração). A partir dessa norma, o que se tem, na realidade, é uma mera divisão de tarefas – de geração, transmissão e distribuição – entre os agentes econômicos responsáveis por cada uma dessas etapas, para a concretização do negócio jurídico tributável pelo ICMS, qual seja, o fornecimento de energia elétrica ao consumidor final. 4. Por outro lado, o mercado livre de energia elétrica está disponibilizado apenas para os grandes consumidores, o que evidencia que a exclusão do custo referente à transmissão/distribuição da base de cálculo do ICMS representa uma vantagem econômica desarrazoada em relação às empresas menores (consumidores cativos), que arcam com o tributo sobre o "preço cheio" constante de sua conta de energia, subvertendo-se, assim, os postulados da livre concorrência e da capacidade contributiva.”

Ocorre que, no mesmo Acórdão a Ministra Regina Helena Costa discordou do voto dos Relatores, indo contra o entendimento da composição da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS. Até o presente momento, possuímos mais Acórdãos a favor da não composição da TUST e TUST na base de cálculo do ICMS, fato este que fundamentaremos no próximo tópico.

DA ILEGALIDADE DA INCLUSÃO DA TUST E TUSD NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS:

Os defensores da legalidade da inclusão da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS, afirmam que esses atos de transmissão e distribuição de energia elétrica são prestações de serviços, e como não estão previstas na lista do ISS, carecem então, a exigência do ICMS, por ser prestação de serviço.

A Constituição Federal determinou que normas gerais sobre tributos sejam fixadas por Lei complementar Federal. O ICMS é imposto estadual, cada estado cria o seu, porém, normas gerais de todos os impostos no Brasil, devem ser fixadas por Lei Complementar e Nacional.

Conforme a Constituição Federal em seu artigo 146, inciso III, alíneas A e B:

> Art. 146. Cabe à lei complementar:
> III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
> a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
> b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;"

Para saber quem é o contribuinte do ICMS, qual o Fato Gerador e qual é a base de cálculo, é necessário verificar a Lei Complementar Federal que disciplina a matéria.

A criação do Imposto dá-se através de lei complementar que traz normas gerais sobre o fato gerador. A lei ordinária institui os fatos gerados dos tributos detalhando-os mais.

O ICMS não se encontra disciplinado no Código Tributário Nacional, mas sim, na Lei especial que o regulamenta, é a Lei Kandir (LC 87/1996).

FATO GERADOR DO ICMS:

Determina o artigo 12 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996:

> Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:
> I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

No momento da saída da mercadoria para o estabelecimento do contribuinte, incide o ICMS, não se aplicando o final do artigo, em razão da Súmula 166 do STJ.

Portanto, só haverá o pagamento dessa mercadoria quando ela efetivamente sair do estabelecimento do contribuinte.

Sobre a composição do TUST E TUSD na base de cálculo do ICMS, quando há circulação da energia nas torres de transmissão e distribuição, não há troca de titularidade, essas etapas que antecedem a venda da mercadoria (energia elétrica), não são consideradas mercadorias propriamente ditas.

A TUSD e TUST incidem sobre a distribuição e transmissão da energia elétrica. O que nos importa é a mercadoria propriamente dita, ou seja, a energia elétrica em si.

Um bom exemplo, para compreendermos melhor sobre a mudança da titularidade e incidência do ICMS é, ao conectarmos em uma tomada um aparelho elétrico, há potência de energia na tomada, bastando ligar o aparelho eletrônico e ele funcionará. Ou seja, é sempre disponível uma potência mínima, basta apertar o botão do eletrodoméstico.

Se passarmos um mês sem consumirmos energia elétrica em nossa residência, a fatura chegará com um valor mínimo a ser pago. Mesmo que durante um mês não ocorra a transferência de titularidade da energia elétrica, todavia, a mesma estava ali, disponível através de uma potência mínima necessária.

As empresas sempre têm uma potência mínima disponibilizadas a elas, maior do que as residências comuns, para caso necessite, aconteça o consumo e elas consigam utilizar esse consumo que ela contratou.

Sobre essa potência contratada (mínima), se eu deixar de consumir em um mês ela me será cobrada? Haverá troca de titularidade? Se eu contatar uma determinada potência e não a utilizar, haverá o pagamento do ICMS sobre a energia contratada?

Dispõe a Súmula 391 do STJ:

> Súmula: 391
>
> O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Para o efetivo consumo de energia elétrica, é necessário que todas essas etapas de distribuição, transmissão e oferta mínima de potência sejam concretizadas. A compra

da potência mínima sem seu efetivo consumo, não pode ser critério para afirmar que houve consumo.

Só haverá efetivamente a troca de titularidade quando há o uso da energia.

Há empresas que são obrigadas a contratarem energia elétrica (são consumidoras livres) de uma mesma concessionária, como nós (consumidores cativos).

Os consumidores ditos "livres" podem contratar diretamente com uma empresa distribuidora de energia, podendo proporcionar preços mais competitivos, ofertas mais vantajosas, porém, tanto para os consumidores livres, quanto para os consumidores cativos, o fato gerador e o consumo serão o mesmo, a mera disponibilização da energia não constitui transferência de titularidade.

BASE DE CÁLCULO DO ICMS E ILEGALIDADE DE INCIDÊNCIA DO TUST E TUSD:

Define o artigo 13, §1º, inciso II, alíneas a e b da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996:

> Art. 13. A base de cálculo do imposto é:
> § 1o Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:
> II - o valor correspondente a:
> a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;
> b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

A lei Kandir afirma que, na base de cálculo do ICMS podem compor seguros, juros, descontos, frete. O dispositivo legal, no entanto, não menciona que as tarifas de transmissão e distribuição de energia (TUST e TUSD) podem compor a base de cálculo do ICMS.

A TUSD e a TUST não se configuram como frete, pois a transmissão e a distribuição da energia elétrica, são requisitos essenciais para que a mercadoria chegue a nossa residência, não está contratando um frete a parte. Na verdade, são atividades meio que devem ser realizadas para que a efetiva entrega de energia ocorra. Não há falar em

frete, pois não há contratação desse serviço. Para que a transmissão de fato aconteça, e que a energia chegue às residências, é necessária toda essa cadeia intermediária.

Não existe lei que regulamenta a TUSD e TUST na base de cálculo do ICMS (a LC 87/96 em nenhum momento menciona a TUST e TUSD em sua base de cálculo), que houve uma movimentação no Congresso Nacional para aprovar dois projetos: uma PEC e um projeto de Lei Complementar para alterar tanto a Constituição Federal, como a Lei Kandir, exigindo a inclusão da TUST E TUSD ou qualquer outro tipo de tarifa de transmissão/ distribuição da energia elétrica.

Deste modo, se houve a convocação para que essas tarifas sejam incluídas, dentro da Lei, é porque não temos lei que regulamente este fato e o próprio Poder Legislativo reconhece isso. Por mais que a Fazenda Pública afirme que não existe ilegalidade nenhuma na incidência de tais taxas na base de cálculo do ICMS, o tributo não nasce de presunção e analogia, mas sim, decorre da lei, e é a lei complementar quem deve trazer a base de cálculo do imposto.

A Ementa do Projeto de Lei Complementar que visa à modificação da Lei Kandir é a PLP 352/2002, proposto pelo Senador Lucio Alcântra do PCDB, no ano de 2002, onde dispõe:

> "Ementa - Altera a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, e dá outras providências. Explicação da Ementa
> Estabelecendo que a incidência do ICMS sobre a energia elétrica alcance todas as etapas desde a produção ou importação até a sua destinação final." (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=101666)

Conclui-se, então, que não há norma que regulamente a incidência da TUST e TUSD na base de cálculo do ICMS. Todavia, se aprovada esse ementa, haverá alteração na Lei, passando a regulamentar a discussão aqui exposta.

Esse projeto virou a Lei Complementar 138/ 2010 e a abrangência da redação de inclusão de qualquer outra tarifa na base de cálculo do ICMS não foi incluída, sendo excluída essa parte do projeto.

A PEC – Proposta de Emenda à Constituição nº 285/2004, foi declarada prejudicada, em virtude da conversão de PEC 58/2007 na Emenda Constitucional 55/2007. Necessário destacar o artigo 7º da Emenda Constitucional 55/2007

> ... §7ºRessalvado o disposto no §2º, X, b, a incidência do imposto de que trata o inciso II caput, sobre energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis liquidos e gasosos dele derivados: I – incorre em todas as etapas da circulação, desde a saída do estabelecimento produtor ou a importaação, até a sua destinação final; II – em relação a energia elétrica, ocorre também nas etapas de produção, transmissão, de distribuição, de conexão e de conversão, até sua destinação final.

Assim como o exemplo acima mencionado, neste caso não foi aprovado o parágrafo 7º na Emenda 55/2007.

Há provocação legislativa para que esse assunto seja incluído em lei. Se há essa provocação é porque está claro e cristalino, para o Poder Legislativo, a ausência de lei sobre esse aspecto, afastando o direito de pagar, pois no Direito Tributário não existe analogia.

Determina o §1º do Artigo 108 do CTN:

> § 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

Sobre a mesma Jurisprudência mencionada no tópico anterior, houve a discordância, pela Ministra Regina Helena Costa, do voto do Relator Ministro Gurgel de Faria, com a seguinte fundamentação:

> "VOTO DA MINISTRA REGINA HELENA COSTA: No que tange especificamente à Tarifa de Uso do Sistema e Distribuição (TUSD), a jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Público tem afastado a sua incidência sobre a base de cálculo do ICMS justamente por não reconhecer a circulação jurídica da mercadoria, a qual, em se tratando de energia elétrica, como visto, ocorre apenas com o seu consumo. Dessa breve síntese, extrai-se que a jurisprudência desta Corte consagra, desde 2000, o entendimento

segundo o qual não há fato gerador de ICMS no estágio de distribuição da energia elétrica. Consequentemente, a não inclusão da TUSD na base de cálculo do ICMS constitui desdobramento lógico e necessário, porquanto a distribuição de energia elétrica não se confunde com a circulação jurídica dessa mercadoria. Nada dispõe a lei, dessarte, sobre encargos tarifários como integrantes de base de cálculo do ICMS. Isto posto, com respeitosa vênia do Senhor Relator, dele divirjo para dar provimento ao recurso especial, concedendo a segurança para afastar a incidência do ICMS sobre a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição - TUSD, reafirmando, assim, a jurisprudência desta Corte."

No mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.649.502 - MT (2017/0015158-0) RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO PROCURADORES : ULINDINEI ARAÚJO BARBOSA E OUTRO(S) - MT003035 FÁBIO MARCEL VANIN TURCHIARI - MT007140B RECORRIDO : BIOTERRA INDUSTRIA DE RECICLAGEM LTDA – EPP ADVOGADOS : MARILTON PROCÓPIO CASAL BATISTA - MT005604 HUGO BARROS DUARTE - MT005373 RAFAELA TOLEDO PROCOPIOU E OUTRO(S) - MT017507 DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DE MATO GROSSO, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO, assim ementado: AGRAVO INTERNO - DECISÃO MONOCRÁTICA - RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS SOBRE A TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUSD) - INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO - SÚMULA 166 DO STJ - PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO RECURSO DESPROVIDO.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não incide ICMS sobre as tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica, uma vez que o fato gerador do imposto ocorre no momento em que a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte (saída da mercadoria), circunstância não consolidada na fase de distribuição e

transmissão. Desnecessária a submissão da matéria ao Plenário desta Corte, uma vez que a limitação da aplicação do entendimento pacifico do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da não incidência do ICMS afasta suposta violação a clausula da reserva de plenário prevista no art. 97 da Carta Maior, cuja caracterização se faz necessária que a decisão esteja fundamentada na incompatibilidade entre a norma legal e a Constituição Federal (STF, RE 810079 AgR/SE, Ministra Rosa Weber, DJe 10/3/2015).

No presente recurso especial, o recorrente alega violação dos arts. 949, II, do CPC/15; 19 do Convênio ICM 66/88; 6º, §1º e §2º e 9º, §1º, II, da LC n. 87/96. Sustenta, em síntese, que (i) a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) compõe a base de cálculo do ICMS, tendo em vista que o mencionado imposto incide sobre o preço final da operação e (ii) que o Tribunal de origem, ao afastar a incidência dos dispositivos legais suscitados pelo recorrente, não observou a reserva de plenário prevista no art. 949, II, do CPC/15. É o relatório. Decido. Primeiramente, cumpre salientar que não houve qualquer violação à clausula de reserva de plenário, haja vista que o v. acórdão recorrido não declarou a

inconstitucionalidade de nenhum dos dispositivos legais suscitados como violados, mas, apenas, interpretou o direito infraconstitucional de forma diversa da pretendida pelo recorrente.

Por outro lado, está consolidado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que as tarifas de TUST - Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica e TUSD - Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica, não integram a base de cálculo do ICMS, senão vejamos: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. ICMS. INCIDÊNCIA DA TUST E DA TUSD. DESCABIMENTO. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O STJ possui jurisprudência no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS 3. Agravo Interno não provido (AgInt no REsp 1607266/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe de 30/11/2016).

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA. ICMS SOBRE "TUSD" E "TUST". NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. (...)
>
> 4. "(...) o STJ possui entendimento no sentido de que a Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica - TUST e a Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica - TUSD não fazem parte da base de cálculo do ICMS" (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.). Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 845.353/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/4/2016, DJe de 13/4/2016). Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RI/STJ, nego provimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 20 de março de 2017.

Os julgados acima descaracterizam a base de cálculo do ICMS, afirmando que toda a operação de energia elétrica deve ser considerada e incluída, todavia, não é assim que está previsto em lei, pois o ICMS na energia elétrica incide sobe o consumo efetivo, devendo ser observado quais as hipóteses legais que devem incidir em sua base de cálculo.

Dessa forma, não há base legal que sustente a cobrança de ICMS sobre a TUST e TUSD, ou qualquer outra bandeira tarifária.

Com a lei Complementar nº 194/2022 modificou a lei nº 87/96, (lei Kandir), incluindo o inciso X do artigo 3º, passando a estipular que o ICMS não deve incidir sobre os serviços de transmissão e distribuição de encargos setoriais relativos à exploração de energia elétrica, ou seja, excluiu a TUSD e a TUST da base de cálculo do ICMS.

Essa mudança na lei, gerou preocupação de vários estados que ajuizaram ação direta de inconstitucionalidade ADI nº 7.195, sendo que em fevereiro de 2023 o Ministro Luiz Fux concedeu tutela cautelar para suspender os efeitos do art. 3º, X, da Lei Kandir, com redação dada pela LC 194/2022, sob o seguinte argumento:

> "A discussão remete à definição sobre qual seria a base de cálculo adequada do ICMS na tributação da energia elétrica, isto é, se o valor da energia efetivamente consumida ou se o valor da operação, o que incluiria, neste último caso, os referidos encargos tarifários." Ainda nos termos da decisão, "os precedentes que não reconhecem a incidência do ICMS sobre as

> ditas verbas valem-se de exame restritivo do conceito de 'operação' para afastar os custos de transmissão e distribuição da energia elétrica da base do tributo estadual."

3 CONCLUSÃO/CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluímos que, há divergência de entendimentos sobre a incidência, ou não, da TUST e TUSD sobre a Base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

Há entendimentos da incidência do ICMS sobre o "todo", ou seja, a base de cálculo do ICMS deve incidir sobre o conjunto do fornecimento da energia elétrica até a efetiva entrega ao consumidor final, em razão à impossibilidade de fragmentar tais etapas do fornecimento dessa energia.

De outro lado, e a tese ora defendida, é que, a Base de cálculo do ICMS está definida na Lei Complementar 87 de 1996, especificamente no Artigo 13, §1º, alíneas a e b, não permitindo incluir quaisquer tarifas de transmissão ou distribuição de Energia elétrica. Tal matéria tem sido assunto de discussões pelo Poder Legislativo, fato este que corroborou com a lei Complementar nº 194/2022 modificou a lei nº 87/96, (lei Kandir), incluindo o inciso X do artigo 3º, passando a estipular que o ICMS não deve incidir sobre os serviços de transmissão e distribuição de encargos setoriais relativos à exploração de energia elétrica, ou seja, excluiu a TUSD e a TUST da base de cálculo do ICMS.

No entanto após pressão dos estados que sofreriam enormes prejuízos com relação a arrecadação do ICMS o tema voltou a discussão com a suspensão dos efeitos da lei 194/2022 e encontra-se em discussão perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

REFERÊNCIAS

CARREZA, Roque Antônio, Curso de Direito Constitucional Tributário. 19ª edição, São Paulo, Ed.Malheiros, 2004.

CARVALHO, Rubens Miranda de, Contribuição de Melhorias e Taxas no Direito Brasileiro. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito, Curso de Direito Tributário. 26ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2005

BRASIL. Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994. Dispões sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acessado em 11 dez 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. DOU Brasília, DF, 05 out 1988.

BRASIL. Lei 9.472, de 15 setembro de 1997.

CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. São Paulo: Malheiros, 1997.

COSTA, Eliud José Pinto da. ICMS Mercantil. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Tributário. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SABAGG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANEEL – Resolução nº 205/22005 – http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2005205.pdf

CAMPOS, Clever M., Introdução ao Direito de Energia Elétrica, São Paulo, Ícone, 2001, p. 68.

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=256022

https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/939314/stj-analisa-os-criterios-para-a-incidencia-do-icms-sobre-energia-eletrica

MULTIPARENTALIDADE: AVANÇOS LEGISLATIVOS E O RECONHECIMENTO DA SOCIOAFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ANDRIOTI, FRED, Jonne[1]
ABRANTKOSKI RISTER, Carla[2]
FRANCESCHET, Júlio César [3]

A multiparentalidade é um fenômeno que originou as relações afetivas das pessoas no contexto social. Para identificar e evitar conflitos, foi necessário desde o início das civilizações a identificação e definição das ações do homem e suas consequências. Os reflexos das ações humanas podem gerar conflitos, e nas sociedades modernas direitos e deveres. A multiparentalidade é uma prática social que vem se desenvolvendo, mas que juridicamente é recente no reconhecimento em equidade com as normas jurídicas e seus efeitos. O presente trabalho, teve por objetivo estudar o desenvolvimento no âmbito jurídico até o reconhecimento da multiparentalidade como instituto merecedor da legalidade em razão das questões sociais envolvidas nessa forma de se relacionar. É notório que o direito não acompanha as transformações sociais, estando aquém das suas práticas, e somente posteriormente é que se busca a adequação legal aos fatos já vivenciados a muito tempo na prática. A multiparentalidade tem como base a afetividade, argumento que por décadas não foi suficiente para resolver conflitos de paternidade e de efeitos sucessórios ou até mesmo na aceitação do conceito de família além do consagrado como binário. Reflexo no convívio com os demais membros sociais, e, como fruto de relações, o presente trabalho tem por objetivo trazer a revisão literária sobre a multiparentalidade. Buscou-se compreender o fenômeno da multiparentalidade em análise com a legislação e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais entre a forma reconhecida no Código Civil em contraste com os casos práticos, alterando os costumes e a formulação do conceito de família e os efeitos sucessórios e de deveres e de direitos. O direito, em constante mudança, tem sido influenciado pela formulação de novo núcleo familiar, diverso do reconhecido na letra fria da lei. Por se tratar de um dos institutos de maior importância no ordenamento jurídico brasileiro a análise dos estudos sobre o tema e seus efeitos na alteração das formas de composição do núcleo familiar, importam em definir o conceito de família e de parentesco, bem como das formas sucessórias e de reconhecimento dos aspectos além dos laços consanguíneos, mas por meio da afetividade.

Palavras-chaves: Socio afetividade. Filiação. Multiparentalidade. Registro Civil.

[1] Mestrando em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade De Araraquara – UNIARA. E-mail: jfandrioti@gmail.com
[2] Pós-Doutora em Direito Público pela Universidad de Santiago de Compostela - Campus Santiago, USC. E-mail: carlarister@gmail.com
[3] Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: jcfranceschet@uniara.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A inclusão do genitor ou genitora biológicos na certidão de nascimento originou o instituto da multiparentalidade ou pluriparentalidade, reconhecendo a necessidade de autorizar o registro civil com a inserção do nome dos pais biológicos e dos pais afetivos como resultado de longos anos de discussão doutrinária e jurisprudencial da necessidade de o direito agir ao interesse dos reflexos de relações sociais praticadas.

A possibilidade de reconhecer nesse sentido, passou a ser debatido com as diversas ações de investigação de paternidade e das famílias que foram se alterando em seu núcleo conforme as relações afetivas se alteraram, não sendo possível mais, reconhecer ou identificar um núcleo familiar, mas sim em exaltar os fatos diante da letra fria da lei que reconhecia apenas as famílias binárias.

Dada a importância do instituto da filiação, abrangendo direitos e deveres em razão dos vínculos e do dever de assegurar o pleno desenvolvimento da criança e de adolescente, bem como na regulamentação de efeitos sucessórios, com o registro civil por meio dos vínculos de afetividade, os institutos jurídicos já consagrados sofrem alterações quando a forma de conduzir os processos e seus efeitos práticos na vida cotidiana e social das pessoas.

A possibilidade de incluir no registro civil mais do que um nome de pai ou de mãe, distinguindo-se aos laços seja por vínculo de sangue, adoção ou afetividades, a temática é relevante a discussão tanto acadêmica quanto a normatização das práticas e questões sociais.

Ao longo dos anos barreiras foram forjadas diante da lei que especificava e dividia, ainda, concebia conceitos que discriminava e erradicava situações voltadas aos direitos de filiação, e por não haver legislação ou entendimentos jurisprudenciais que podem ser base a interpretação fática, analisada caso a casa, diversos foram os casos onde o vínculo de sangue prevaleceu a efetiva afetividade que melhor atendia a dignidade humana (Almeida; Rodrigues Júnior, 2015; Chaves, 2023; Corrêa, 2020; Franco, 2022).

2 DOS FUNDAMENTOS DA TEORIA DA MULTIPARENTALIDADE

A multiparentalidade é um conceito novo e para o alcance deste foram necessários muitos litígios judiciais que questionassem as práticas sociais e seus efeitos nos relacionamentos que geram filhos, sejam por meio da filiação biológica, binária, adotiva ou por afetividade, nascendo uma nova era interpretativa para dar equilíbrio entre as manifestações afetivas e a vida prática sucessória.

2.1 DA FILIAÇÃO NA LEGISLAÇÃO AO LONGO DOS ANOS

Os filhos, reconhecidos como na contemporaneidade por dia dignidade ganharam espaço no quesito de filiação no decorrer do século. Inicialmente, o fator biológico era legitimado a grau de maior importância, perdendo apenas para a moralidade advinda de relações de sacramento matrimonial entre homem e mulher, distraindo-se a menor importância biológica quando esse filho não fosse binário (Almeida; Rodrigues Júnior, 2015; Chaves, 2023; Corrêa, 2020; Franco, 2022).

O modelo binário de concepção por anos gerou direitos e direcionou a vida em sociedade, reconhecendo com respeito aqueles filhos que possem oriundos da concepção de homem e mulher com casamento religioso e no civil, perante a lei, Deus e os homens, tidos como dignos para constituir família, no modo limitado da concepção, atribuía a legitimidade da filiação quando advindo dessa formalidade (Branco, 2022; Cassettari, 2018; Dias, 2021).

A redação dada pelo texto legal pelo Código de 1916, artigo 332, assim dispunha: "O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultados de consanguinidade, ou adoção".

Nesse período já iniciava o reconhecimento de que as relações sociais não eram absolutas quanto a manifestação binária, e, de forma tímida começava a surgir os efeitos jurídicos as relações extraconjugais e possibilidade de reconhecer filhos não binário, ainda, já começa a percepção sobre a adoção, mesmo assim, os filhos ilegítimos, descritos na lei, eram considerados moralmente inferiores aos filhos "legítimos", ou advindas de

relações binárias e culturalmente aceitável na formação de "família".

Esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 8.560/1992, por compreender que o tratamento destinado a esses casos não era compatível com as práticas sociais e dando início a "investigação de paternidade" para os casos em que esses filhos foram concebidos fora da relação conjugal.

Ao tratar do direito de filiação com análise no texto constitucional verifica-se que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito e a forma de abordar questões relacionadas aos direitos e deveres das famílias foram influenciados pelos acontecimentos na vida real das pessoas, e com a vigência da carta maior, inseriu-se me seus textos novos possibilidades de reconhecer juridicamente a constituição de uma unidade familiar (Corrêa, 2020; De Oliveira Ningeliski; Maliska, 2021; Santos, 2022).

Com base nessa interpretação, a ideia das relações tem seus primeiros avanços em contraste com a realidade e com a possibilidade de juridicidade nesse sentido. O olhar do legislador considerou as relações para além dos aspectos patrimoniais, mesmo que ainda de forma muito reservada, incluir a possibilidade de reconhecer juridicamente alguns casos envolvendo novas forma de se relacionar e de constituir família (Costa, 2015; Endres, 2016; Oliveira; Santana, 2017; Scarin, 2019).

Trouxe as necessidades dos filhos ou da prole, e considerou o modo de afeição oriundo entre os cônjuges ou companheiros, em razão dos fatos e das novas composições das famílias quanto as alterações sociais nesse aspecto. Mesmo que timidamente, nasce as primeiras aspirações para adequar as práticas socias e a validade jurídica das relações humanas, e a multiparentalidade, mesmo que na época ainda não reconhecida, passa a se instalar nas práticas sociais (Alencar; Santos, 2021; Ghilardi, 2017).

Como reflexo dessa necessidade de mudança frente a realidade social, um dos primeiros aspectos que foi abordado pela constituição nesse sentido, foi a possibilidade de excluir o termo "filho ilegítimo", ou seja, dada a prioridade e elevação valorativa na norma e na moral da importância de que cada filho ocupava dentro do contexto social, e, o "ilegítimo" rotulava um ser humano advindo de relações extraconjugais, ou ainda desligado da unicidade de concepção entre um mesmo homem e uma mesma mulher (Francisca; Lidiane, 2022; Madaleno, 2017; Paiva, 2020).

Esse marco, mesmo que com andamento lento quanto a equivalência de sua juricidade e práticas sociais, excluíam e geravam danos a diversos dos membros envolvidos, recaindo a efeitos sociais danosos que violavam a dignidade humana. O ponto essencial que trata da dignidade humana, reconhecido pela constituição como um dos direitos fundamentais tem amparado a evolução legislativa em adequar a norma para além dos interesses patrimoniais ou consanguíneos, mas separando a importância das pessoas pela sua essência e com base na liberdade individual (Alencar; Farias; Rosenvald, 2015; Santos, 2021; Scarin, 2019; Valadares, 2016).

Esses princípios constitucionais da dignidade humana, possibilitou a abertura interpretativa e alteração dos termos legais quanto a estruturação de base conferida ao instituto familiar, apresentando a concepção em equilíbrio ao núcleo familiar contemporâneo. Os filhos, anterior a constituição de 1988, advindo de relações fora do vincula matrimonial era excluídos dos laços de afetividade paterna e recai prejuízos aos direitos sucessórios, elevando a um dano moral e de valor social ter a origem de filiação advindo do arranjo familiar extraconjungal (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

Essa realidade foi alterada na legislação com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trazendo em seu artigo 227, a previsão de dever e responsabilidade do Estado, família e da sociedade em zelar pelo pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, compreendendo a observação de todos os direitos essências fundamentais gravados nos artigos constitucionais (Francisca; Lidiane, 2022; Madaleno, 2017; Paiva, 2020).

Os verbos do artigo 227 são indicativos dos direitos de proteção especial da criança e do adolescente e as questões de arranjo familiar, por esta a própria base de constituição do Estado, devem sempre atender aos interesses preconizados na carta maior. Não há como falar em efetividade e tutela constitucional diante da negativa de reconhecimento jurídico da diversidade de constituição familiar, pois reconhecer a existência da forma diversa e suas características únicas efetivar a dignidade humana (Corrêa, 2020; De Oliveira Ningeliski; Maliska, 2021; Santos, 2022).

Vale destacar, que dentre os termos registrado no artigo 227 da CF/88

(Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), encontra-se os termos do respeito e da liberdade, bem como da dignidade humana e estende-se a aplicabilidade a concretização de todos os direitos fundamentais como: a vida, saúde, educação, lazer, segurança, etc, e, em "absoluta prioridade", destacando-se que, verbos como discriminação são presentes na legislação, este com amplo conhecimento nas relações práticas que excluíam filhos ou arranjos familiares que não fossem binários (De Castro; Rocha. 2019; Siqueira, 2020).

O marco no texto constitucional como a dignidade e o respeito também tratam de dispositivo específico voltada a não diferenciação de filhos. Assim está descrito o § 6º "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" (Alencar; Santos, 2021; Brasil, 1988; Camargo, 2017).

Com a promulgação da Constituição é possível verificar os costumes e práticas dada a época ao redigir que os filhos havidos fora do casamento, ou seja, a instituição o casamento é visto como um divisor entre o reconhecimento, sendo mais adequado a descrição "os filhos, pois independente da forma que sua família se constitui não poderia vir eivado de diferenciação, mas sim de reconhecer com respeito a individualidade apenas do "ser" filho sem impor a "forma" de "ser filho (Dias, 2021; Lobo, 2021; Póvoas, 2013; Vonsovicz, 2015).

Oriundo da própria constituição, a criação de lei especial denominada como Estatuto da Criança e do Adolescente teve como fundamento trazer a proteção integral das crianças e adolescentes em contraste com as práticas de abandonos e de negligências cometidas em razão de filhos advindo de relações extraconjugais abandonados em instituições à deriva da própria sorte, surgindo a problemática e a necessidade do Estado em tratar dessas questões que virou um problema de higienização social na época, devido a diversas criança abandonadas por não terem o reconhecimento paterno e ser "fruto de um erro" (Ribeiro, 2017; Santos, 2022; Spagnol; Glowasky, 2023).

Nesse sentido, os filhos passam a receber com a promulgação da constituição um amparo para que seja manifestado o interesse de seus pais biológicos ou aqueles adotados, possibilitando a um início de equiparação de direitos, como nos casos entre os

filhos biológicos e adotado que não é permitido fazer distinção e possuem os mesmos direitos e deveres (De Oliveira Ningeliski; Maliska, 2021; Kirch; Copatti, 2013).

Passa a ser proibido a diferenciação entre os filhos que não são biologicamente irmãos, reconhecendo dentro do campo jurídico a sua existência e sua prioridade em tratar com igualdade e a eles garantir direitos e deveres em razão de assegurar sua dignidade e sua liberdade, desenvolvendo o respeito e a dignidade humana.

A lei excluiu a possibilidade de diferenciar filhos, e lhes garantiu que seja assegurado o direito de ter em seu registro de nascimento o reconhecimento de paternidade conforme os termos do Art. 26. "Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação". (Brasil, 1990; Cassettari, 2017; Dias, 2016; Endres, 2016; Franco, 2022).

Com os dispositivos consagrados pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), as regras impostas a sociedade e vigente como modelo de aplicabilidade quanto as famílias se alteraram, antes com influência de crenças éticas e morais, baseada em um modelo exclusivo de "pertencer ou ser família" e considerar como "legítima", e após, com a alteração legislativa por influência dos acontecimentos sociais, criou-se mecanismo de inclusão, como foi o caso da realização de DNA para fins de reconhecimento de paternidade, sendo um marco no avanços da interpretação tem como base a dignidade humana (Gabbay, 2022; Kopittke, 2021).

Os testes de DNA iniciaram para a finalidade de reconhecimento de paternidade para filhos concebidos fora da relação conjugal, sejam aqueles extraconjugal ou ainda de pessoas que não possuíam algum tipo de relacionamento, mas que dessa intimidade gerou um filho, e dada aos costumes, nem sempre o genitor se responsabilizava ou reconhecia como filho, sendo necessário a comprovação para que pudesse gerar direitos de efeitos patrimoniais e de alimentação (Ferreira; Hilário, 2022).

> Diante do grau de precisão alcançado pelos métodos científicos de investigação de paternidade com fulcro na análise do DNA, a valoração da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: (a) se o exame de DNA contradiz as demais

provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; (b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e (c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas. (STJ. RESP n. 397.013/mg, rela. Min.ª Nancy Andrighi, DJU de 09-12-2003). https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153673815/recurso-especial-resp-1494353-mg-2012-0141772-8).

A base de fundamentação ao reconhecimento de paternidade por meio do DNA foi reflexo de avanços tecnológicos e de discussões e análise jurisdicional, buscando adequar a realidade prática com as leis em abstrato, tendo como base estrutural a dignidade humana, iniciando o processo de transformação do conceito de família e impactando em outros direitos de natureza afetiva e patrimonial (Alencar; Santos, 2021; Berleze, 2021; Lobo, 2021).

Os litígios judiciais ensejaram na importância da função social familiar, e levando em consideração a necessidade de transformação do direito de família frente aos paradigmas enfrentados, devendo ser assegurado ao instituto da família uma nova abordagem que condiz com os anseios e questões sociais, não podendo ser rígida e inflexível, pois o direito deve representar aos interesses e melhoria na vida de todos que estão inseridos no contexto social em si (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

O direito de família passa a romper com um marco de reconhecimento dos modelos que buscam a unificação e regras de modelos de família que não são compatíveis com a realidade, assim, com base a dignidade humana e a proteção prioritária de crianças e adolescente, passa-se a análise dos litígios tem como base as relações de afetividade entre pais e filhos e seus companheiros, independe do sangue ou do estado civil.

Destacam Ferreira e Hilário (2022) quanto ao princípio da igualdade entre os filhos deve ser de reconhecer que não há diferente em razão da forma como essa pessoa se tornou filho, se foi por concepção binária, de relação extraconjugal, adotado ou de pessoa diferente daquela que está na constituição de um casamento, mas sim, que os filhos são considerados com igualdade e deve recair os mesmos direitos sem discriminação.

Nesse sentido, é importante descrever sobre a afetividade, conceito que deu origem ao reconhecimento entre a letra fria de lei e os fenômenos sociais, permitindo que a filiação fosse vista de forma diversa das primeiras concepções jurídicas, inserindo o reconhecimento da afetividade como um vínculo de parentesco, passível de gerar direitos e deveres.

2.2 CONCEITO DE AFETIVIDADE

O afeto, compreendido de forma coloquial é a demonstração necessária a construir laços de respeito e de apoio para o ser humanos possa se desenvolver de forma saudável e prevenir doenças de acometimento de emoções de sofrimento. A afetividade, por muito tempo vem sendo alvo de discussão em razão de sua importância no desenvolvimento pleno das pessoas, em especial de crianças e de adolescentes (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

Os estudos literários destacavam para prejuízos psicológicos como a do abandono, dos maus tratos, da discriminação e quaisquer manifestações que seja contrária a relacionamentos estimulem fatores positivos na vida das pessoas (Branco, 2023; Morau, 2023).

O lado afetivo, por muito tempo não foi reconhecido pela justiça, tentando limitar o direito a questões práticas, sempre avaliando a segurança quanto aos fatores econômicos e patrimoniais, assim sendo, o sentimento e as relações humanas eram deixados de lado (Cardoso, 2014; Gabbay, 2022; Morau, 2023; Ribeiro, 2017).

Na sociedade contemporânea, diversos são os estudos que destacam que para que os direitos fundamentais sejam efetividades, o legislador deve por mais do que a lei em abstrato, mas amparar as situações sociais e, essas são munidas de diversas interferências quando se trata de afetividade (Kopittke, 2021; Silva, 2023).

Não se atribuía por exemplo, os danos causados pela rejeição parte nas a crianças e adolescente que adviriam de relações extraconjugais, influenciando no aspecto emocional, no seu desenvolvimento cognitivo, comportamental e psicossocial (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

A concepção conceitual da socio afetividade no ordenamento jurídico se concedeu após diversos litígios judiciais e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a temática, reconhecendo que a socio afetividade é um vínculo de parentalidade e por isso gera direitos e deveres (Branco, 2023; Simão, 2017; Spagnol; Glowasky, 2023).

O reconhecimento jurídico se deu em razão da Repercussão Geral 622, destacou para o entendimento dos tribunais com aceitabilidade da possibilidade de reconhecer juridicamente a afetividade. O colegiado dos ministros aceitou a possibilidade de afetividade (Delgado, 2017; De Oliveira Ningeliski; Maliska, 2021).

A afirmação da Ministra Rosa Weber, marca momento de aplicabilidade a prática do reconhecimento do ser humano como prioridade em sua dignidade, ao afirmar que "é a afetividade que representa a grande marca distintiva do direito de família contemporâneo". [4]

2.3 A MULTIPARENTALIDADE

Tendo como base a fundamentação do princípio da dignidade da pessoa humana, nasce a tese jurídica da multiparentalidade ou ainda, também denominada como pluriparentalidade. Trata-se de temática discutida nos últimos anos sobre as relações que moldam as famílias, quando a sua composição e possibilidade de o filho registar na sua certidão de nascimento tanto o pai ou mãe biológica, ou aquele advindo de relação sócio afetiva (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

Esse direito, mesmo que ainda não gravado em letra de lei, tem como verificação a busca por atender ao princípio da dignidade humana. Toda e qualquer pessoa pode solicitar, não recaindo apenas as crianças, mesmo que os avanços tenham sido em razão de responsabilidade paterna, na maioria dos casos, onde o genitor se fez ausente na criação e na responsabilidade, sendo incluído a figura do padrasto que desenvolveu laços afetivos ao educar e suprir com as necessidades básicas e afetivas da criança (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

[4] Min. Rosa Weber, ao julgar o RE 898.060/SC.

Dessa relação, a doutrina e jurisprudência compreende que nasce um vínculo socioafetivo, equiparando aquele que deveria existir nos casos de filiação por laços de sangue, o que ficou constatado ao longo das décadas que se tratava de uma crença que não se sustentava diante do abandono paterno afetivo e também em deveres de alimentação (Alencar; Santos, 2021; Farias; Rosenvald, 2015; Scarin, 2019; Valadares, 2016)

Essa relação socioafetiva parental, reconhecida doutrinariamente e por entender que esse seria um dos únicos motivos para reconhecer a socio afetividade tendo como base legal a fundamentação do princípio da dignidade humana, e, considerando alguns dos requisitos como a disponibilidade e proporcionalidade que resultam nos laços de afeto não consanguíneos a serem reconhecidas como família na sociedade contemporânea moderna (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

No decorrer dos anos, os casos de investigação de paternidade e de abandono paterno (mais comum do que o abandono por parte da mão biológica), e as mudanças na forma de relacionar, deixando de ser moralmente obrigatório a relação apenas com o "pai" dos filhos, mulheres, mães, passam a se relacionar com outros parceiros, e não raro, o "padrasto" passa a frequentar o lar e até mesmo assumir as obrigações alimentares e socioafetiva de filhos não biológicos

Os litígios perduraram por anos, sendo mais comuns a investigação de paternidade com o surgimento do DNA, e, quando comprovada que o pai da criança não era o investigado, bem como, considerando que em muitos dos casos tanto a criança quanto o 'pai" acreditam sê-lo, resultando em laços afetivos, passou a gerar novas formas de conflitos e de violação de direitos da criança e do adolescente.

Nesse período, com a ocorrência da negativa de paternidade, muitas ações foram impetradas para que diante da negativa de paternidade houvesse a retirada e o não reconhecimento da paternidade, porém, compreendendo os vínculos afetivos os tribunais passam a justificar com teses de afetividade, reconhecendo que o período de conivência de afetividade deveria ser considerado, mesmo que não houvesse o vínculo de sangue, dado margens as demais interpretações que mais tarde decorriam dessa situação (Lima Rodrigues, 2015; Oliveira; Santana. 2017; Santos, 2021; Teixeira).

Vale destacar que, nos conflitos de negativa de paternidade, a alegação dos tribunais em manterem o pai não biológico, dispõe sobre a ausência de possibilidade de os direitos retroagir e, destacando-se que o instituto de filiação é personalíssimo, irrevogável e irretratável (Farias; Rosenvald, 2015; Scarin, 2019; Valadares, 2016).

Em Recursos Extraordinário (RE 898060 SC), pacificou a discussão e elegeu provimento com a fixação de tese para repercussão geral, recaindo aos casos similares, tratando da necessidade da norma jurídica e suas ramificações buscarem a adequação dos casos na prática a busca por tutela jurídica, considerando que apenas a letra fria da lei não seria possível de resolver os conflitos em razão da paternidade biológica e socioafetiva (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB). E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6 º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

A discussão versou sobre pontos essenciais do direito em contraste ao direito de família e ao direito constitucional, considerando que a legislação referente a codificação passou a não atender aos preceitos constitucionais, levando a discussão entre as regras do direito civil e os parâmetros constitucionais, numa análise passou a tutelar os modelos de família não reconhecidos pelo Código Civil, abrangendo além da letra de lei, mas sim,

dando abertura para que as relações pudessem ser tuteladas e reconhecidas quanto ao seu vínculo, não limitando ao parentesco apenas por sangue, mas sim trazendo os fundamentos a socio afetividade (Kirch; Copatti, 2013; Paiva, 2020; Silva, 2020).

Posterior a essa análise, surgiu a Repercussão Geral 622, que reconhece a existência e a necessidade de tutela de relações apontadas como multiparentalidade ou pluriparentalidade. O direito, conforme estabelece a decisão apontada no RE, discute sobre as bases do direito em vigência e contrapõem as bases constitucionais relacionadas a valoração da liberdade, da individualidade e da dignidade humana, destacando-se ainda quanto a necessidade de elevar a paternidade ao princípio da paternidade responsável (Berleze, 2021; Spagnol; Glowasky, 2023).

Por meio da Repercussão Geral 622 ficou fixado preceitos que embasam e buscam a tutela da multiparentalidade, repercutindo seus efeitos no desenvolvimento de meios para solucionar as questões humanas na contemporaneidade, sendo definido pela Corte Superior, "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

A multiparentalidade na concepção da doutrina necessidade de critérios para que possa ser declarado cabível e de efeitos jurídicos conforme o caso em concreto. O critério de legitimidade para requerer que seja reconhecido a multiparentalidade é a parte que é identificada como envolvida de forma direta, e, considerar a presença do vínculo afetivo, sendo mais acessível quanto se dá pela primeira vez, e mais criteriosa a análise quando ocorre por uma segunda vez. Sendo a primeira presumida pelo vínculo afetivo e a segunda devendo ser comprovada, sendo apontada como condição humana tridimensional (Almeida; Rodrigues Júnior, 2015, P. 382; De Castro, 2019).

E, como terceiro critério para caracterização da multiparentalidade, a análise da eficiência quando a cumprir com o atendimento as garantias dos princípios e de direitos fundamentais constitucionais, com prioridade aos interesses da criança e do adolescente e enfatizando a proteção integral desta (Berleze, 2021; Francisca; Lidiane, 2022; Schwerz, 2015).

Ficou compreendido nesta decisão, que o eixo familiar e seu alcance conceitual

não pode fazer a distinção da origem da filiação ou da relação de parentesco, trazendo nos termos do art. 226, § 7, da Constituição, o princípio da paternidade responsável, oriundo da interpretação da dignidade humana do indivíduo, analisando-se a constituição na constância da relação e para buscar atender ao melhor interesse dos filhos (Kirch; Copatti, 2013; Paiva, 2020; Silva, 2020).

Com os conflitos nos processos judiciais, com o tempo o judiciário adotou a interpretação de que os casos que ocorriam, diante da necessidade de reconhecer e possuir validade jurídica se tornou essencial adequar à lei as situações práticas, diferente de observa a legislação e decidir conforme a letra fria de lei (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

Visto que a multiparentalidade é um fenômeno que foi aceito recentemente, mesmo que sua discussão se arrasta por anos, é importante destacar que ela apenas deve ser reconhecida quanto houver no mínimo três pessoas envolvidas e não se trata de questões já regulamentadas como os casos de adoção, como aqueles que estão presentes pessoas homoafetivas (Corrêa, 2022; Franco, 2022; Madaleno, 2017).

Nos casos onde a adoção ocorre por pessoa homoafetivas, cumpre destacar que se encontra presente a situação distinta, não podendo figurar a multiparentalidade ou pluriparentalidade, pois são situações distintas, e, quando ocorre a adoção por intermédio de dois genitores, o registro conta na certidão e como biparentalidade quando o casal é homem e bimaternidade quando se tratar de casal mulher.

Na legislação anterior não se admitia e no Brasil era quase que impossível ser juridicamente válido essas relações baseadas na afetividade e o fator consanguíneo era predominante, sendo no ano de 2007 alterada essa realidade, pois com discussões doutrinárias e jurisprudenciais passou -se a admitir a filiação advinda dos laços afetivos (De Oliveira Ningeliski; Maliska, 2021; Spagnol, 2023).

Dentre as situações diversas já existentes, abriu espaço à análise da multiparentalidade já praticada, mas não reconhecida e tutelada. Com a aceitabilidade da multiparentalidade traz ao centro do núcleo familiar a constituição do vínculo por meio de afetividade e com a denominação de famílias multiparentais.

Com o reconhecimento mesmo que ainda não está descrito na lei, os entendimentos apontam para a possibilidade de tutela jurisdicional. O motivador recaiu

em consonância a necessidade do direito em atender as necessidades humanas e por ser comum a existência de diversos casos, o judiciário passa a análise a discussão, bem como em reconhecer a juridicidade de questões sociais práticas do cotidiano, elevando as famílias multiparentais ao reconhecer a sua validade e a respeitar os laços afetivos vinculativos de pessoas, elevando a denominação de família multiparental (Berleze, 2021; Spagnol; Glowasky, 2023).

O reconhecimento jurídico da teoria da multiparentalidade foi dado pela repercussão geral decidido pelo Supremo Tribula Federal (STF), sendo alvo de discussão que essa simultaneidade de filiação irá gerar diversos problemas em muitos dos institutos do Direito de Família. Frisa-se que, dos diversos impasses que podem resultar nesse reconhecimento estão os aspectos da adoção, pois os aspectos parentais como a possibilidade de ter no registro de nascimento ambos os nomes, paternos e maternos seja, afetivo ou biológicos, abre margem para contestações e possibilidade de filhos adotivos que venham a requerer o nome dos genitores biológicos ou os próprios genitores sobre os aspectos dos vínculos dos pais adotivos (De Castro, 2019; Cordeiro; Gominho, 2018; Lobo, 2021).

Faz mister salientar, que a lei prevê para a doção legal a exclusão ou desligamento dos pais biológicos, e com a teoria da multiparentalidade, com a possibilidade de dupla paternidade ou maternidade, essa determinação legal resulta em lacunas a ser questionada, podendo gerar conflitos em razão desse tema controverso. Quando reconhecimento judicialmente a multiparentalidade abre-se a possibilidade do registro civil tanto do genitor biológico quanto do afetivo (Corrêa, 2022; Franco, 2022; Madaleno, 2017).

Cumpre destacar que, a teoria da multiparentalidade não poderá ser argumento para os casos de reprodução assistida ou adoção por homossexuais, em razão da concepção nesses casos, fundamentada por meio da indicação da presença da bimaternidade ou bipaternidade (Francisca; Lidiane, 2022; Scarin, 2019).

Com o surgimento de impasses far-se-á necessários que sejam discutidos e analisados esses impactos que vão alterar as formas de concretizar direitos entre a letra fria da lei e as questões sociais, assim sendo, quando presente a socioafetividade deve-se analisar a multiparentalidade e como ela vai impactar na vida tanto dos genitores, nos

responsáveis quanto aos interesses da criança e do adolescente (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

É importante salientar que, os conceitos de formação e de estrutura familiar foi alterado nos últimos anos, passando a prática de diversidade de composição do núcleo familiar, e, superando a ideia de que filhos ou parentesco se resume apenas aos biológicos, elevando a afetividade associada a felicidade do ser humano, e por isso, a afetividade se equipara ao grau de importância e de validade jurídica dos filhos advindos da concepção biológica (Franco, 2022; Morau, 2023; Valadares, 2016).

Diante da diversidade dos casos, apontando pelo menos uma ocorrência por estado, tem movimentado a doutrina e a jurisprudência e assim sendo, os tribunais tem acolhido a realidade prática vivenciada e abertura ao espaço que essa nova modalidade de constituição do núcleo familiar apresenta, debatendo sobre as possibilidades e os efeitos que o reconhecimento dessas relações pode gerar no ordenamento jurídico brasileiro (De Castro, 2019; Cordeiro; Gominho, 2018; Lobo, 2021).

No ano de 2016, por meio do Recurso Extraordinário nº 898.060, o entendimento do STF foi pacificado sobre o reconhecimento da existência e validade jurídica da multiparentalidade, tendo por base a tese de fundamentação ao princípio da dignidade humana, onde toda pessoa deve ter o direito a felicidade e, por tratar-se as relações afetiva os que mais se chega próximo aos laços emocionais e impactam no desenvolvimento humano, essa tese ficou firmada que a teoria da multiparentalidade tem como base assegurar a tutela do direito a dignidade humana das pessoas. A pacificação tornou possível a multiparentalidade, e dela a possibilidade de possuir na certidão de nascimento tanto o pai e mãe biológica quanto a afetiva (Almeida; Rodrigues Júnior, 2015, p. 382; De Castro, 2019).

É necessário, para o reconhecimento do vínculo e seus efeitos, a comprovação dos laços afetivos de forma mútua, podendo o próprio filho requerer ou o pai e mãe, necessitando da anuência dos pais biológicos dando a ciência da vontade do filho em reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva, possuindo os efeitos de direitos sucessórios. Cumpre alertar, que os casos deverão ser analisados em cada caso com suas particularidades, não podendo existir uma interpretação absoluta para efeitos gerais, mas

sim, podendo ser reconhecida a multiparentalidade com base na sua possibilidade já pacificada (Berleze, 2021; Dias, 2016; Gonzaga; Roque, 2017; Schwerz, 2016).

Para que ocorra a caracterização é necessário que a relação entre ambos sejam equiparadas aquelas que se importam em molde de família, atendendo alguns requisitos como a educação, os laços de amor, carinho, de direitos e de obrigações de ambas as partes equiparando-se ao instituto denominado como núcleo familiar, agindo de forma integrada aquele modelo de família reconhecido por sua responsabilidade de desenvolvimento integral humano, em tela, sempre observando o melhor interesse da criança e do adolescente (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

2.4 A DESJUDICIALIZAÇÃO DA AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA

Nas últimas décadas o sistema jurídico tem de buscar novas formas de solucionar os conflitos humanos, e dentre os mais complexos estão as questões que envolve filiação e família. O Poder Judiciário é conhecido por seu longo período de julgamento, altas demanda e pela ineficácia em alguns dos departamentos que exigem a rápida solução, mas pela complexidade do assunto, acabam por demorando e nem sempre solucionado os litígios da forma mais eficiente (Oliveira; Santana. 2017; Santos, 2021; Teixeira; De Lima Rodrigues, 2015).

A celeridade processual nas questões envolvendo litígios de famílias, por vezes justificáveis pela complexidade do assunto é comum na não solução dos conflitos envolvendo filiação e parentalidade, se arrastando por anos os processos e tornando oneroso em razão da necessidade e da não solução desses litígios (Alves, 2018; Carvalho Filho 2013).

Com isso, ao verificar a necessidade de atender as demandas e maior eficiência em assegurar os direitos e garantias fundamentais, começou a ocorrer os processos que resultaram nas desjudicialização os conflitos, abrindo possibilidade a forma de solução

de conflitos de forma extrajudicial (Almeida; Rodrigues Júnior, 2015, P. 382; De Castro, 2019).

No entanto, por se tratar de questões que na maioria envolve menores, e pela doutrina da proteção integral e absoluta dos direitos da criança e do adolescente, as decisões dos magistrados tem resultado no entendimento que que a questão complexa de famílias e que envolvem menor não poderia ser aberta aos efeitos extrajudiciais, por se tratar de assunto extremamente complexo (Oliveira; Santana. 2017; Santos, 2021; Teixeira; De Lima Rodrigues, 2015).

No entanto, no que tange os direitos constitucionais que recaem sobre crianças e adolescentes, vale destacar que o princípio do melhor interesse da criança tem sido destaque, pois, nas situações práticas, leva-se em consideração que muito dos casos o próprio menor deseja que o padrasto ou madrasta que convive e faz o papel no lugar do genitor biológico, manifestando a realidade prática e surtindo feitos positivos para o seu melhor interesse, não podendo a letra fria de lei ser parâmetro para dispensar a busca na eficiência desse princípio gravado na própria carta maior (Berleze, 2021; Dias, 2016; Gonzaga; Roque, 2017; Schwerz, 2016).

A questão levantada para a forma extrajudicial se encontra na proibição da adoção a brasileira, devendo, nos casos quem que as provas são contundentes e não deixam margens aos questionamentos darem prosseguimento havendo uma discussão sobre a possibilidade de que as ações de multiparentalidade passam a existir de forma desjudicializada (Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

Conforme descreve Welter (2012, p. 43):

> O ser humano deve ser compreendido como um viés biológico, dês (afetivo) e ontológico, de forma que multiparentalidade surge como resposta ao reconhecimento pleno de todas as relações parentais que compõem a história de vida do indivíduo, possibilitando-lhe a existência de mais de um pai ou de uma mãe simultaneamente, com todos os efeitos jurídicos dela decorrentes.
> A multiparentalidade visa a atender ao melhor interesse dos envolvidos, tendo em vista que não há como mensurar quem é mais ou menos pai, mais ou menos mãe em relações onde vigem laços biológicos e afetivos em condições de igualdade, advindo, portanto, a pluriparentalidade como a solução garantidora do direito de todos, resguardando direitos dos pais e dos filhos. É inconcebível que um registro de reconhecimento de parentalidade socioafetiva seja feito de

qualquer modo, e que seja consolidado em um registro de nascimento, uma vez que, caso ocorresse, estar-se-ia diante da possibilidade de uma adoção à brasileira, vedada no ordenamento jurídico.

Por meio da facilidade de retirar aqueles casos que não põem em risco os direitos advindos dos laços de parentesco, podem ser executados a partir de uma análise extrajudicial, porém necessita de critérios e comprovação robusta que com efeitos benéficos ao melhor interesse dos membros envolvidos, principalmente quando se tratar de criança ou menor (Kirch, 2013; Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

Visto que alguns dos institutos do direito de família podem ser afetados pela necessidade de passar por um processo judicial, em razão da complexidade da temática e dispositivos que tornam ilícitos algumas práticas, como a adoção a brasileira. Merece avultar que a multiparentalidade não pode ser entendida ou meio para facilitar a adoção a brasileira, devendo o legislador e o operador do direito analisar as particularidades dos casos concretos e não generalizar as situações, mas com extremo cuidado para atender ao princípio da dignidade humana e afastar atos ilícitos utilizando a fundamentação desta para justificá-lo (Corrêa, 2022; Franco, 2022; Madaleno, 2017).

A pretensão ao acolher a teoria tridimensional da multiparentalidade é buscar formas de efetivar os direitos fundamentais com base aos que referem a assegurar a dignidade humana e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Trazer meios que possibilitam a desburocratização e desjudicialização de forma segura e juridicamente válida (Dias, 2016; Gonzaga; Roque, 2017; Spagnol; Glowasky, 2023).

O foco da busca pela efetividade da multiparentalidade é reconhecer juridicamente de forma extrajudicial aquelas situações onde os fatos são voluntários e consolidados, resultado dos vínculos vistos de laços socioafetivo entre as partes ou membros do grupo família já constituído na prática (Maluf, 2014; Oliveira, 2018; Spagnol; Glowasky, 2023).

Os avanços para essa possibilidade surgem já em 2016 com a decisão do tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que diante de casos onde não há conflitos de interessem o juíza da comarca buscou meios para assegurar que essas famílias já constituídas conseguissem o reconhecimento jurídico, fundamentando com o provimento

16 de 2012 do Conselho Nacional de Justiça, abrindo margem para que o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva pudesse ser por meio da buscar e apresentação de documentos, bem como da manifestação da vontade e da anuência do conjugue ou genitor, desde que não estivessem presentes desavenças ou conflitos.

A exigência é apresentar no Cartório de Registro de Pessoas Naturais os documentos pessoais, e tratando de maior de 18 anos, faz-se necessária a anuência da pessoa que será reconhecida o vínculo afetivo. Destaca-se, que nesses casos em tela, por ter a constituição federal proibido a diferenciação entre os filhos, nessa situação recai tais direitos com ressalvas, levando em consideração que ainda não está previsto em lei esse caso específico de multiparentalidade, mas vem sendo decidido por meio do argumento de dispositivos constitucionais, jurisprudenciais e provimentos (Berleze, 2021; Dias, 2016; Gonzaga; Roque, 2017; Schwerz, 2016).

Destaca-se que a literatura aponta para os entendimento de Tribunais que vislumbram a necessidade do judiciário desburocratizar algumas situações que são reflexos das transformações sociais e reconhecem que a multiparentalidade é resultado das relações que estão presente nas sociedades modernas, e tornar a multiparentalidade de forma extrajudicial, em casos de menor complexidade é uma tendência crescente, e que encontra respaldo jurídico mesmo que ainda não seja previsto em lei de forma específica (Alves, 2018; Carvalho Filho, 2013).

Os resultados encontrados na literatura apontam para a análise jurídica das situações cotidianas e dos diversos casos que são apresentados no judiciário, e com o Provimento 63, a ideia central é trazer p reconhecimento da constituição de família num conceito mais aberto, contemporâneo e que se embasam na dignidade humana, na solidariedade, na igualdade e na busca pela felicidade do ser humano, permitindo de desburocratize esses processos que somente poderiam ser judiciais, e, com a multiparentalidade, cada vez mais tem sido aceito pela doutrina e jurisprudência a possibilidade da forma extrajudicial de reconhecimento além dos laços sanguíneos, mas sim de forma igualitária os laços afetivos, contando a averbação da maternidade e da paternidade quando resultado de reconhecimento voluntário (Berleze, 2021; Dias, 2016; Gonzaga; Roque, 2017; Schwerz, 2016).

Visto que o provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça pode surgir discussão acerca de sua constitucionalidade, negar a multiparentalidade com base nos argumentos que a criam é inconstitucional, devendo considerar o instituto já preconizado no direito civil, como questões de guarda e direitos e deveres que irão recair em razão de reconhecer o vínculo de parentesco e de filiação, refletindo em diversos dos institutos já consagrados, como alimentos, guarda, sucessão, e questões em gerais patrimoniais e extrapatrimoniais, devendo o operador e o interessado agir com cautela e buscar atender ao máximo as especificações mínimas análise minuciosa para cada caso prático que apresentado (Corrêa, 2022; Franco, 2022; Madaleno, 2017).

3 CONCLUSÃO

A multiparentalidade ocorre na prática a muitos anos, mas ainda não possui legislação específica para regulamentá-la. Os operadores do direito utilizam-se de argumentos de direitos preconizados na constituição federal como forma de assegurar direitos e cobrir lacunas legislativas quanto a reconhecer juridicamente e ser eficaz entre a decisão com base na letra fria de lei a as relações afetivas que vem se desenrolando aos longos dos anos para além dos vínculos de sangue.

O direito é um fenômeno social e as formas de constituir famílias de alteraram em razão das transformações sociais e por anos, o judiciário tem encontrado dificuldade em decisões com base na letra fria da lei que não atende aos fatos sociais contemporâneos, decidindo com base em preceitos que estão em constante evolução e que, com base nos casos em debate dos últimos anos, algumas conquistas se toram evidentes no avanço de reconhecer juridicamente as relações multiparentais ou pluriparentais.

A teoria da Multiparentalidade tem se difundido por meio da teoria tridimensional, por meio da integração mínima de três membros, e sendo fundamentada como base no princípio da dignidade da pessoa humana, na igualdade entre filiação e proibição da discriminação, onde cai por terra a concepção binária como forma absoluta e consanguínea como efeito de gerar os vínculos de parentesco tratados no Código Civil.

Os entendimentos doutrinários e jurisprudências bem como o provimento 63 e a

repercussão geral fruto de decisão do STJ nº 622, trazem a margem a tendência de reconhecimento jurídico e por meio da busca pela desjudicialização daqueles casos onde não há conflitos de interesses, presentes a anuência e com base a garantir o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente já há caso práticos onde a averbação do registro é feito de forma extrajudicial.

Ante todo o exposto, a multiparentalidade é uma temática que merece aprofundamento em razão de ser um fenômeno resultante da transformação social e que pode gerar efeitos sucessórios e margem a prática de adoção a brasileira, necessitante ser regulamentado com características específicas a fim de diferenciar cada instituto já consagrado no direito de Família.

REFERÊNCIAS

Alves, Jeniffer. **Filiação socioafetiva e a multiparentalidade**. 2018.

Alves, Mariana Cristina. **A paternidade socioafetiva e a possibilidade de multiparentabilidade sob a ótica do Ordenamento Jurídico Pátrio.** 2020.

Almeida. Liusa Fioravante. **Socioafetividade e o direito sucessório.** 2020.

Almeida, Renata Barbosa De; Rodrigues Júnior, Walsir Edson. **Direito Civil:** Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Alencar, Marina Lopes De; Santos, Daniela Amorim dos. **A multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica da possibilidade da múltipla filiação registral e a evolução dos arranjos familiares na atualidade.** 2021.

Branco, Jessyca Bissoli Gomes. **Contribuições de Henry Wallon à relação ensino-aprendizagem e afetividade na educação.** 2023.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

_____. **Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente.

_____. **Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil de 1916.

Berleze, Giovanna Montenegro. **A filiação socioafetiva e o reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro.** 2021.

Camargo, Luana Nascimento de. **O Reconhecimento da Dupla Paternidade à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro:** análise sob a ótica do magistrado na Comarca de Orlândia/SP. 2017.

Cardoso, Simone Tassinari. **Notas sobre parentalidade socioafetiva. Trabalho aprovado e apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito Civil-IBDCIVIL.** Evento realizado em Curitiba, em 2014.

Cassetari, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:** efeitos jurídicos/Christiano Cassettari. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

Cassettari, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:** efeitos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2017.
Cassettari, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva.** 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

Carvalho; Luiz Paulo Vieira de; Coelho, Luiz Cláudio Guimarães. **Multiparentalidade e herança:** alguns apontamentos. Revista IBDFAM: família e sucessões, Belo Horizonte, v. 19, 2017.

Carvalho, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Cordeiro, Flávio; Gominho, Renata. **Curso de Direito Civil:** Sucessões. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

Chaves, Adagilsa Wiedemman. **A tripla parentalidade** (biológica, registral e socioafetiva). Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, ano VII, n.31, ago/set. 2016.

Corrêa, Isadora Bahia Maidana. Adoção e multiparentalidade: a possibilidade de dupla parentalidade no registro civil face aos novos arranjos familiares no direito civil. **Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro**, 2020.

Costa, Fabrício Borges. Da multiparentalidade no século XXI. **Percurso Acadêmico**, v. 5, n. 9, p. 230-252, 2015.

De Castro, Lara Mariane Batista; Rocha, Samir Vaz Vieira. Multiparentalidade: análise constitucional do Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça frente ao ordenamento jurídico brasileiro. **Perquirere**, v. 3, n. 16, p. 154-172, 2019.

De Oliveira Ningeliski, Adriane; Maliska, Marcos Augusto**. Parentesco socioafetivo, adoção formal e multiparentalidade:** reflexões a Partir do Conceito de Direito Vivo. 2021.

Delgado, Mário Luiz Régis. **Responsabilidade civil por violação do direito fundamental à busca da felicidade:** reflexões sobre um novo dano. IN: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). Os Grandes Temas de Direito Civil nos 15 Anos do Código Civil. São Paulo: IASP, 2017.

Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Dias, Maria Berenice; Oppermann, Marta Cauduro. Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir. **Artigo-Advogada, Vice-presidente Nacional do IBDFAM**, São Paulo, 2015.
Dias, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** 5. edição. São Paulo. Ed. Thonson Reuters Brasil, 2018.

Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

Endres, Melina Gruber. Multiparentalidade: uma análise para além da possibilidade jurídica. **Direito & Justiça**, v. 42, n. 2, p. 234-254, 2016.

Francisca, Débora; Lidiane, Klarisse. **O reconhecimento da filiação socioafetiva como reflexo da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro.** 2022.

GABBAY, Daniela Monteiro et al. Cartilha: investigação de paternidade. 2022.

GHILARDI, Dóris. A Decisão Do Supremo Tribunal Federal Sobre Parentalidades Simultâneas e a Adoção Legal: uma brecha para mudanças ou uma afronta ao princípio da isonomia?. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, v. 3, n. 1, p. 91-111, 2017.

Farias, Cristiano Chaves De; Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Famílias. 7. Ed. V.6 São Paulo. Editora Atlas, 2015.

Franco, Cristiane Araújo Araújo et al. A Evolução da Filiação: as Possibilidades e Efeitos da Multiparentalidade no Registro Civil. **Interfaces do Conhecimento**, v. 3, n. 3, 2022.

Kirch, Aline Taiane; Copatti, Lívia Copelli. O reconhecimento da multiparentalidade e seus efeitos jurídicos. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI**, n. 112, 2013.

Kopittke, Isabela Kasper. **A filiação socioafetiva e a multiparentalidade sob a perspectiva do direito comparado: uma nova visão.** 2021.

Gonzaga, Alvaro de Azevedo; Roque, Nathaly Campiteli. **Teoria Tridimensional do Direito: tomo teoria geral e filosofia do direito**. abril de 2017.

Lobo, Fabiola Albuquerque. **Multiparentalidade: efeitos no direito de família**. Editora Foco, 2021.

Madaleno, Rolf. Filhos Adotados em confronto com os filhos destoados do Recurso Extraordinário 898.060 do STF. **Revista IBDFAM** – n. 29, Belo Horizonte: out/nov de 2016/Multiparentalidade, encarte especial, IBDFAM, 2017.

Madaleno, Rolf. **"Direito de Família".** 7. ed. ver. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017. MADALENO, Rolf. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. E-book.

Morau, Caio Chaves. **O princípio da afetividade como fundamento das uniões no direito brasileiro**. 2023. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. Acesso em: 29 set. 2023.

Oliveira, Eliana Maria Pavan de; Santana, Ana Cristina Teixeira de Castro. **Paternidade socioafetiva e seus efeitos no direito sucessório.** 2017.

Oliveira, Carolina Bassetti de. **Multiparentalidade:** origem, reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro e efeitos direito de família e sucessões. 2018.

Paiva, Vitória de Oliveira. **O reconhecimento da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade procedimento e efeitos jurídicos.** 2020.

Póvoas, Mauricio Cavallazzi. Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. **Florianópolis: Conceito Editorial**, p. 40-44, 2013.

Ribeiro, Fernando Borges. **Multiparentalidade:** o caminho do acolhimento. 2017.

Santos, Fernanda da Silva. **Reconhecimento da multiparentalidade e seus reflexos quanto à aplicação do direito sucessório.** 2022.

Silva, Higor Gonçalves da. **Possibilidades e Consequências da Multiparentalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2020.

Siqueira, Tamiris Aparecida Rangel; PINTO, Ricardo Spinelli. A Filiação Socioafetiva e Seus Reflexos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Vianna Sapiens**, v. 5, n. Especial, p. 27-27, 2014.

Silva, Gabriel Inocêncio da. **O conceito de Abandono Afetivo e a Responsabilidade Civil.** 2023.

Simão, José Fernando. **A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral.** Vitória ou derrota do afeto?. In: Jornal Carta Forense. Edição de 03/01/2017. São Paulo: Carta Forense, 2017.

Scarin, Jéssica Bolpeti et al. **A multiparentalidade advinda da socioafetividade:** sentimentos e ideais que alicerçam as famílias e os reflexos jurídicos no ordenamento pátrio. 2019.

Schreiber, Anderson. **Efeitos jurídicos da multiparentalidade.** 2016.

Schwerz, Vanessa Paula. Multiparentalidade: possibilidade e critérios para o seu Reconhecimento. **Revista do CEJUR/TJSC:** Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 03, p. 192 – 221, dez. 2015.

Spagnol, Amanda Padilha; Glowasky, Daiane. A multiparentalidade e seus reflexos no direito sucessório: uma análise das relações Socioafetivas. **Revista FAROL**, v. 19, n. 19, p. 90-109, 2023.

Teixeira, Ana Carolina Brochado; De Lima Rodrigues, Renata. A multiparentalidade como nova figura de parentesco na contemporaneidade. **Revista brasileira de direito civil**, v. 4, n. 02, 2015.

Valadares, Maria Goreth Macedo. **Multiparentalidade e as novas relações parentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016.

Vonsovicz, Helena Zeglin. **A destituição do poder familiar e a adoção:** efeitos patrimoniais na atualidade e a possibilidade de multiparentalidade. 2015.

II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E GESTÃO DE CONFLITOS

TRANSFORMANDO CONFLITOS EM OPORTUNIDADES: INOVAÇÃO E RESILIÊNCIA NA ERA JURÍDICA

23 a 27 de outubro de 2023

MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA ANÁLISE DA PRODUÇÃO CIENTÍFICA NO ÂMBITO DO CONPEDI

FIGUEIREDO, Vanessa Renata Silva[1]
PEREIRA, André Munhoz[2]
ALVES, Alexandre Eli[3]

RESUMO

Os Métodos Adequados para Resolução de Conflitos (MARCs) são considerados por muitos estudiosos e profissionais da área do Direito como peças essenciais no quebra-cabeças que pondera a eficácia dos processos jurídicos e o acesso à justiça na resolução de conflitos modernos. No entanto, esses métodos enfrentam barreiras para a sua eficaz integração no sistema jurídico brasileiro, como os custos associados à arbitragem, a resistência à sua implementação e as lacunas na capacitação dos operadores do Direito. A despeito das críticas, sua importância é inegável e, em função dela, como objetivo geral, no presente trabalho, buscou-se responder como se pode garantir que esses métodos sejam usados não apenas como alternativas à via judicial, mas como instrumentos que efetivamente atendam aos diversos interesses envolvidos em um conflito? Aponta-se então de que maneira a análise e a sistematização das pesquisas existentes sobre MARCs, combinadas com a criação de um guia prático, poderiam contribuir para uma melhor compreensão e implementação desses métodos. Busca-se então apresentar a produção acadêmica mapeada por meio da metodologia quantitativa, trabalhos e artigos sobre MARCs, utilizando como principal fonte os eventos promovidos pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Busca-se ainda, futuramente, a produção de um guia prático, afim de fornecer uma visão equilibrada dos MARCs, destacando seus benefícios, limitações e orientações para seu uso efetivo. Por meio de uma análise criteriosa, espera-se contribuir para uma compreensão mais completa e realista dos MARCs, promovendo seu papel no acesso à justiça e na resolução de conflitos de maneira eficiente e eficaz, e ainda oferecer um recurso valioso para acadêmicos e profissionais do Direito.

Palavras-chaves: Métodos Adequados para Resolução de Conflitos; Pesquisa Jurídica; CONPEDI; Acesso à Justiça; Guia Prático

[1] Mestre em Direito e Gestão de Conflitos. Universidade de Araraquara. vrsfigueiredo@uniara.edu.br
[2] Pós Graduado em Direito Processual Civil. PUC/Minas Gerais. andremp_jus@yahoo.com.br
[3] Mestre em Direito e Gestão de Conflitos. Universidade de Araraquara. alves@uniara.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A busca por aprimorar os métodos adequados para resolução de conflitos (MARCs) no âmbito jurídico é um desafio constante.

Nos últimos anos, houve um incremento substancial do acesso à justiça a partir de diferentes atores na sociedade, tais como a Defensoria Pública, os CEJUSCs, os escritórios de prática jurídica nas Faculdades de Direito, ouvidorias e serventias (cartórios).

Esta pesquisa jurídica sobre MARCs caracteriza-se como quantitativa, reconhecendo que, embora não sejam uma panaceia, eles desempenham um papel relevante no contexto contemporâneo do Direito.

Para tanto, o objeto de investigação foram os artigos publicados nos anais dos eventos do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito) entre 2015 e 2022. O CONPEDI é o maior conselho científico da área, com grande impacto na pesquisa jurídica e reconhecido pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Tal recorte temporal (2015 a 2022) justifica-se, por 2015 ser ano de edição do “novo” Código de Processo Civil, que trouxe o sistema multiportas de resolução de conflitos; por outro, 2022 delimita a experiência e a adaptação da ciência brasileira em períodos pandêmicos: têm-se, nesse ano, experiências do CONPEDI on-line.

O trabalho visou mapear, categorizar e sistematizar as pesquisas existentes sobre MARCs, utilizando os anais digitais do CONPEDI como fonte de análise. A partir dessa análise, buscou-se desenvolver um guia prático que aborde não apenas os benefícios, mas também as limitações e os desafios dos MARCs. Em complemento, um guia com estratégias metodológicas para pesquisas futuras é apresentado. O objetivo é oferecer um recurso valioso para acadêmicos, profissionais do Direito e demais interessados, fornecendo informações relevantes e balizadas.

Pretendeu-se, inicialmente, mapear e categorizar as pesquisas existentes sobre MARCs, identificando tendências e desafios. Em seguida, desenvolveu-se um guia que aborde essas questões de forma clara e prática. Salienta-se que o artefato resultante desta pesquisa é um guia prático que oferecerá uma visão equilibrada dos MARCs, destacando seus benefícios, mas também reconhecendo suas limitações. Esse guia se destina a ser uma ferramenta útil para

orientar operadores jurídicos e partes envolvidas na escolha e implementação dos MARCs de forma eficaz e consciente.

Antecipa-se que esta pesquisa trará contribuições significativas ao campo jurídico, fornecendo uma visão completa dos MARCs e promovendo discussões aprofundadas sobre seu papel no acesso à justiça. Ao destacar suas vantagens e limitações, pretende-se ajudar a moldar um entendimento mais completo e realista desses métodos.

2 DESENVOLVIMENTO

2. 1. Da gestão de conflitos aos desafios da mediação, conciliação e arbitragem

A noção de conflito advém do antigo latim, tendo como raiz etimológica a ideia de choque ou a ação de chocar, de contrapor palavras, ideologias, valores ou armas, razão pela qual, para que exista conflito, é imperioso, primeiramente, que as forças confrontantes sejam dinâmicas, reagindo umas com as outras, e que contenham em si o mesmo sentido da ação (WATANABE, 2007).

A literatura apresenta uma vasta discussão sobre o fenômeno do conflito, desde teóricos representantes de uma corrente epistemológica positivista, que discutem o fenômeno como algo negativo e a ser evitado, àqueles que o enquadram como elemento inerente à natureza humana e, sendo assim, ele necessita tanto de teorização como de gestão. Nesse contexto, está a posição de Demo (1985, p. 150), quando expõe que "a situação predominantemente conflituosa da realidade social pertence à sua condição de normalidade histórica".

A heterocomposição é um dos métodos que é adotado em resoluções de conflitos, na qual os indivíduos é que definem de que forma ele será resolvido. Existe discordância em meio aos doutrinadores ao explicar o procedimento em foco, inclusive quando se trata da presença de terceiros. Há, ainda, quem conceitue que a pequena participação possa caracterizar a heterocomposição, independentemente de este não impor a sua opinião, contudo meramente se manifesta por meio de aconselhamento (PAES, 2017).

No entanto é essencial enfatizar a importância do acesso à justiça como garantia formal para a efetivação dos direitos fundamentais e como forma de coibir a violação deles, garantindo assim o que preveem os direitos humanos. Sabe-se que, além da mediação, existem outras

ferramentas que podem ser utilizadas para que haja a resolução do conflito antes de sua efetiva judicialização, no entanto, este trabalho não pretende apresentar todas elas, mantendo seu enfoque na perspectiva de que a mediação tende a ser a forma mais assertiva dentre todos os métodos dos quais o judiciário dispõe (SANTOS, 2012; ALVIM NETTO, 2011; WATANABE, 2007).

Pode-se considerar que foi dentro da própria estrutura do judiciário que houve o despertar do interesse de estudiosos e pesquisadores da área do Direito em desenvolver as esferas extrajudiciais para resoluções de conflitos visando a desjudicialização, dada a deficiência da judicialização para a resolução de conflitos, surgindo, dessa forma, os MARCs.

2.2. Métodos Adequados para Resolução de Conflitos (MARCs)

Um procedimento elucidativo seria a relação entre o microssistema de precedentes criado pelo Código de Processo Civil (CPC), em 2015, e a utilização de MARCs, tal qual explorado por Mauricio (2021). Esse estudo analisa como os precedentes afetam a aplicação dos MARCs e como as decisões anteriores podem influenciar os resultados das negociações e mediações, destacando a interconexão entre a jurisprudência e os métodos de resolução de conflitos.

Observa-se que a implementação do novo CPC em 2015 trouxe mudanças significativas no cenário dos MARCs, e compreender como essas mudanças impactaram sua utilização e eficácia é fundamental para uma análise atualizada da temática. É importante ressaltar, no entanto, que a diversidade de objetivos e abordagens dos estudos compilados dificulta a identificação de pontos em comum e generalizações (VIEIRA; ARAÚJO, 2023).

Apesar de limitações, os resultados obtidos nesse campo de investigação contribuem significativamente para o campo jurídico, ao explorar os MARCs sob diferentes perspectivas e contextos. Essa abordagem abrangente e multidimensional auxilia na compreensão de desafios, possibilidades e transformações desse campo, promovendo a evolução do sistema jurídico e uma justiça mais acessível, eficiente e equitativa (SOURDIN, 2018).

2.3. Especificidades da mediação, conciliação e arbitragem

A conciliação é um método que busca a resolução de conflitos através da promoção do diálogo e do acordo entre as partes, com a intervenção de um terceiro elemento imparcial. (VASCONCELOS; SENA, 2015)

A mediação é outro método de resolução de conflitos que se destaca pela participação ativa das partes na busca por soluções. Ela visa restaurar as relações interpessoais e prevenir a judicialização de questões cotidianas (GIMENEZ, 2016; SANTOS; CENTENO, 2016).

A arbitragem difere da conciliação e da mediação, pois envolve a decisão de um terceiro imparcial, o árbitro, escolhido pelos litigantes, que emite uma sentença vinculativa para as partes. Ela é viável em contextos como conflitos tributários, ambientais e contratos de parceria público-privada (MELO, 2017; NUNES; LEHFELD, 2019; CAVALCANTI, 2017).

Embora essas três abordagens ofereçam alternativas valiosas ao sistema judicial tradicional, é importante reconhecer que cada método possui suas próprias características e limitações. A conciliação e a mediação, por um lado, enfatizam a participação ativa das partes, promovendo a comunicação e a autocomposição enquanto que a arbitragem oferece uma solução vinculativa e especializada, mas enfrenta desafios relacionados aos custos e à cultura jurídica.

2.4. Os dados coletados e as estratégias de coleta junto ao CONPEDI

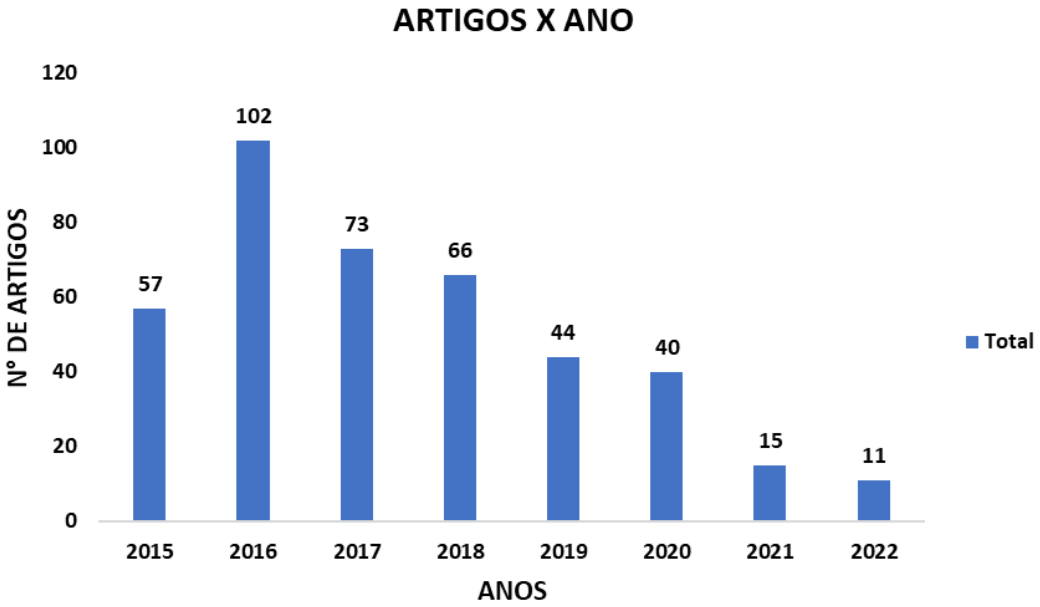
A inquietação em torno do CONPEDI por ser o responsável pelos maiores eventos científicos da área, reconhecido pela CAPES em 2022, emitir nota informativa indicando que todos os artigos publicados nos anais dos eventos promovidos pelo CONPEDI nos quadriênios de 2017-2020 e 2021-2024 seriam avaliados e valorados pela área do Direito como “Trabalhos Completos em Anais de Eventos”, atribuindo-lhes 100 pontos cada, o que equivale a uma publicação em periódico A1 (CAPES, 2022)

Com base nesse panorama, investigou-se o CONPEDI e seus anais digitais, especificamente os cinco CONPEDIs virtuais, dez CONPEDIs nacionais e seis CONPEDIs internacionais. Assim, os materiais selecionados resultaram em uma amostra composta por 408 artigos, representando uma média de 18 publicações por evento.

2.5. Caracterização e mapeamento quantitativo das produções sobre os MARCs

A caracterização e mapeamento do estudo foram organizados em três subseções. Na primeira, são apresentados os resultados da bibliometria ou, mais precisamente, a análise quantitativa da literatura publicada. A segunda subseção apresenta um guia de estratégias metodológicas para pesquisas futuras. Por fim, a terceira apresenta o produto técnico desta pesquisa, a saber, um guia prático para interpretação dos MARCs.

Figura 1 – Número de artigos do tema por ano



Fonte: Elaboração própria com base em dados de pesquisa (2023).

Percebe-se, que o ano de 2016 foi o mais producente levando em consideração a quantidade de publicações. Desde então, tem-se reduzido gradativamente o número de textos, chegando a ínfimos 12 em 2022.

Em sua grande maioria, os trabalhos foram apresentados e discutidos, majoritariamente, no contexto dos Grupos de trabalho (GT). Dentre eles, destacam-se os grupos que abordam as formas consensuais de solução de conflitos e os que tratam sobre o acesso à justiça.

Em resumo, os estudos sobre acesso à justiça destacaram a necessidade de promover a cultura da mediação e conciliação como forma de reduzir a litigiosidade, garantir o acesso à justiça e promover a cidadania (SUTER; CACHAPUZ, 2016). Eles também identificaram

desafios específicos relacionados à efetividade desses métodos e ofereceram *insights* valiosos para melhorar o sistema jurídico e a resolução de conflitos no Brasil.

Considerou-se também as publicações que se dedicaram à análise da Administração Pública. Os trabalhos que a fazem enfocam a relação entre esse campo e a mediação, explorando como a mediação pode ser implementada como política pública. Observa-se ainda que há um eixo de investigação que abordou o tema dos métodos adequados e alternativos para a resolução de conflitos, analisando suas características, sua trajetória histórica no Direito, suas aplicações em diferentes contextos, e a comparação entre eles e as resoluções tradicionais, bem como suas alterações após a implementação do novo CPC em 2015.

A implementação do novo CPC em 2015 trouxe "alterações significativas no cenário dos métodos adequados para a resolução de conflitos" (Pereira, 2016). Compreender como essas mudanças impactaram a utilização e a eficácia desses métodos é fundamental para uma análise abrangente e atualizada da temática.

Desta forma dividiu-se a análise dos artigos coletados em 3 eixos: conciliação, mediação e arbitragem, sendo possível identificar as seguintes perspectivas em cada um:

No eixo de investigação sobre conciliação, foram analisados questionamentos sobre o Sistema Ninter na promoção de meios não judiciais de resolução de conflitos trabalhistas. No eixo de investigação sobre mediação e resolução de conflitos, a importância da mediação como uma alternativa à jurisdição tradicional. Por fim, no eixo de investigação sobre arbitragem, os estudos visaram entender a influência dos princípios constitucionais no procedimento de arbitragem, o impacto do novo CPC nas sentenças arbitrais com a instituição dos precedentes

A justificativa para a realização desse estudo reside na busca por soluções mais eficazes e democráticas para a resolução de conflitos.

A análise dos métodos adequados é crucial para melhorar os processos de resolução de disputas, proporcionando uma visão ampla das possibilidades disponíveis. A trajetória histórica dos métodos ajuda a contextualizar seu desenvolvimento, e a comparação com resoluções tradicionais permite uma análise crítica das vantagens e desvantagens de cada abordagem. As mudanças após a implementação do novo CPC são fundamentais para uma análise atualizada.

3 CONCLUSÃO/CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca incessante por aprimorar os métodos de resolução de conflitos no âmbito jurídico é um desafio que reflete a constante evolução da sociedade e das demandas por justiça. Esta pesquisa se insere como um componente valioso e esclarecedor ao evidenciar os MARCs, a importância do CONPEDI e a valorização da produção acadêmica na área do Direito.

Foi possível identificar a importância dos MARCs como uma parte relevante do sistema jurídico contemporâneo. Por meio da análise dos artigos publicados nos anais dos eventos do CONPEDI entre 2015 e 2022, pôde-se perceber a crescente atenção acadêmica dedicada a esses métodos.

E como continuidade as pesquisas aqui desenvolvidas sugere-se ainda a futura produção de um guia metodológico para direcionar pesquisas futuras sobre MARCs e para a área da gestão de conflitos. Trata-se, dessa forma, de produto técnico desenvolvido a fim de facilitar a produção científica por pesquisadores iniciantes quanto pelos mais experientes.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO, J. M. de A. Da Jurisdição – Estado de Direito e função jurisdicional. **Revista de Direito Público** – Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 2. São Paulo: RT, 2011, p. 331-377.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União:** República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPEIOR (CAPES) – COORDENAÇÃO DE ÁREA: DIREITO. **Nota Informativa,** 15 VIII. Brasília, 2022.

CAVALCANTI, M. W. A arbitragem nos contratos de parceria público privada. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, Brasília/DF. **Anais [...]**. Florianópolis:

CONPEDI, 2017, p. 27-46. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/8tggtsv1/0dDDIVEs70v7O6UG.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

DEMO, P. **Metodologia científica em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 1985.

GIMENEZ, C. P. C. Formas complementares de tratamento de conflito no poder judiciário: uma análise das realidades do Brasil e dos Estados Unidos. *In*: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 5., 2016, Montevidéu – Uruguai. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 102-117. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/1623z2we/WtHRa12044D68448.pdf. Acesso em: 26 jan. 2023.

MAURICIO, B. A. Precedentes vinculantes como incentivo aos métodos alternativos na solução de conflitos. *In*: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 3., 2021. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2021, p. 154-172. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/b1owv69o/tTP437ncgRPOxk46.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

MELO, D. V. de S. Métodos alternativos para a resolução de conflitos tributários. *In*: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 7., 2017, Braga – Portugal. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 64-82. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/kmsv328e/O10Rv6g3HL91l48h.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

NUNES, D. H.; LEHFELD, L. de S. Arbitragem na tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. *In*: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 10., 2019, Valência – Espanha. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 61-78. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/150a22r2/hwucq1yx/PW26Z7gl3bkx9swA.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

PAES, V. A. **Meios alternativos de resolução de conflitos:** Cultura Mediadora e Conciliadora na Justiça do Trabalho. 2017. 63 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2017-2-tcc-vitor-antonucci-paes. Acesso em: 27 out. 2022.

SANTOS, L. Q. B. Acesso à justiça e meios alternativos de resolução de conflitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 10, n.10, p. 180-209, 2012.

SANTOS, A. S. D. S.; CENTENO, M. F. O Novo Código De Processo Civil e a lei de mediação: o incentivo à consensualidade na resolução de conflitos envolvendo a administração pública. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. 305-320. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/t816a7z4/E3F407rY0tqOT9b5.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

SOURDIN, Tania. Judge v Robot? Artificial Intelligence and judicial decision-making. **UNSW Law Journal**, v. 41, n. 4, p. 1114-1133, 2018.

SUTER, J. R.; CACHAPUZ, R. D. R. A atuação e a importância do advogado na mediação de conflitos frente à cultura da pacificação. *In*: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Anais [...]** Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 168-183. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/x741469v/B2OaJWG1X6A39wOo.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

VASCONCELOS, A. G. de; SENA, G. de C. Participação dos sindicatos na administração da justiça: governança, diálogo social e coexistencialidade na prevenção e solução dos conflitos do trabalho - o sistema núcleo intersindical de conciliação trabalhista (NINTER). *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Sergipe. **Anais [...]**. Florianópolis:

CONPEDI, 2015, p. 338-368. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/0j0ub037/NgFS5y15t913MFW5.pdf. Acesso em: 31 jan. 2023.

VIEIRA, B. T.; ARAÚJO, V. M. A Mediação Judicial como Instrumento de Construção e Estímulo do Diálogo. **Revista Eletrônica OABRJ** – Edição Especial da Comissão de Mediação e Advocacia Consensual da 57ª Subseção – Barra da Tijuca, p. 1-20, 2023.

WATANABE, K. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. *In*: GRINOVER, A. P.; WATANABE, L; LAGRASTA NETO, C. (coord.) **Mediação e gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2007, p. 7-10.

O ATUAL DESAFIO TECNOLÓGICO DO PODER JUDICIÁRIO NO MANEJO DOS PRECEDENTES VINCULANTES MEDIANTE O AUXÍLIO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

SERAFIM, Danilo [1]
FRANCESCHET, Júlio César[2]

A inteligência artificial, por influência principalmente da contemporânea Quarta Revolução Industrial, vem se aprimorando, bem como se espraiando para toda a sociedade, o que também ocorre com o Poder Judiciário brasileiro, que busca a utilizar como uma importante ferramenta para auxiliar na adequada gestão judiciária de conflitos, propiciando maior celeridade e eficiência nas atividades. Assim, este artigo visa, mediante uma densa revisão bibliográfica, explorar a aplicação da tecnologia, em especial da inteligência artificial, junto aos precedentes vinculantes no Poder Judiciário, que segue a tendência da sociedade de enfrentar o desafio de ampliar o auxílio da tecnologia para tornar mais acessível e eficiente as atividades humanas. Para isso, por meio de uma pesquisa qualitativa, com método exploratório e indutivo, foram visitados os dados de várias práticas desenvolvidas em ambiente judiciário, onde diversos projetos estão se proliferando, propiciando os achados teóricos relativos às contribuições inteligência artificial juntos aos precedentes, concluindo-se que vários Tribunais estão desenvolvendo programas de inteligência artificial, os quais vêm se mostrando como um importante aliado para lidar com o grande volume de informações jurídicas, tendo aplicação em atividades passíveis de automação, como a identificação e sugestão de precedente, mas não englobando os julgamentos, que permanecem restritos aos humanos.

Palavras-chaves: Poder Judiciário. Quarta Revolução Industrial. Inteligência Artificial. Precedentes Vinculantes.

[1] Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Araraquara (UNIARA). E-mail: daniloserafim0712@gmail.com .

[2] Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), professor no curso de graduação em Direito e no programa de Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara (UNIARA). E-mail: jcfranceschet@uniara.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

Nas mais diversas áreas, a sociedade passa por uma profunda modificação em seu cotidiano mediante a interação com novas ou aprimoradas tecnologias, fruto principalmente da Quarta Revolução Industrial, também chamada por muitos de Revolução 4.0, em que a tecnologia disruptiva traz grandes impactos no modo de agir e de se relacionar de todos.

Trata-se da combinação das mais diversas tecnologias, aplicadas para facilitar as atividades e necessidades humanas, o que vêm rompendo com padrões sociais ao aprimorar, a custos monetários menores, vários segmentos da sociedade, estando a tecnologia atualmente muito presente na vida de todos.

Não obstante, uma das molas propulsoras de todo esse avanço tecnológico é a inteligência artificial, em que as máquinas emulam comportamentos humanos com uma maior agilidade, o que ganhou novos contornos com sua evolução nos últimos anos, bem como com sua fusão a outras tecnologias e sua aplicação no cotidiano humano.

É nesse contexto que surge o desafio do Poder Judiciário em trazer uma nova reformulação em sua estrutura para a resolução de disputas inerentes aos conflitos resistidos que lhe são trazidos pelos jurisdicionados, sendo uma oportunidade para, seguindo toda essa onda disruptiva, analisar práticas inovadoras na gestão de conflitos, especialmente mediante o uso da inteligência artificial, visando a evolução do sistema judiciário e a promoção da justiça para todos.

Assim sendo, esse artigo busca explorar a crescente utilização da inteligência artificial junto aos precedentes vinculantes no Poder Judiciário, atendo-se aos principais Tribunais brasileiros, que seguem a tendência da sociedade de enfrentar o desafio de ampliar o auxílio da tecnologia para tornar mais acessível, célere, eficiente e módica as atividades humanas.

Cabe consignar ainda que a inteligência artificial possui outras utilidades no âmbito do Poder Judiciário, mas esse trabalho possui enfoque apenas no que se refere aos precedentes vinculantes, a fim de buscar uma visão científica mais específica, densa e aprofundada nessa seara.

Trata-se de objetivo de grande relevância, uma vez que as boas práticas judiciárias são essenciais para o adequado acesso à justiça de todos, assim como para celeridade processual e prestação jurisdicional eficiente, trazendo excelência na atividade típica inerente à gestão judiciária para a resolução de conflitos.

Diante disso, a questão a ser aqui perquirida, como problema deste trabalho científico a ser esmiuçado, se refere à pertinência dos Tribunais em implementarem o uso de inteligência artificial em suas atividades, em especial junto aos precedentes vinculantes, buscando-se explorar o andamento e as características dessa paulatina evolução no Poder Judiciário.

Por conseguinte, considerando que o desenvolvimento da tecnologia da inteligência artificial permite que ela realize muitas tarefas em tempo muito mais rápido que os humanos, a hipótese esperada é que ela possa apresentar considerável aderência ao Poder Judiciário, colaborando com o manejo dos precedentes vinculantes e, por consequência, com sua função de gestão e resolução de conflitos,

Com relação à literatura mencionada neste trabalho, o referencial teórico foi construído de acordo com diversos autores relacionados ao tema, a exemplo de Dierle Nunes, Klaus Schwab, Kai-Fu Lee e Alexandre Morais Rosa, entre outros, cujas obras científicas embasaram a descrição do aporte conceitual.

Os objetivos específicos, por sua vez, são as fases enfrentadas para atingir o objetivo geral, as quais podem ser traduzidas na estrutura desta pesquisa. Nesse sentido, após esta introdução e a seção subsequente, voltada para os métodos científicos adotados, a seção seguinte trará o referencial teórico sobre a Quarta Revolução Industrial, também chamada de Revolução 4.0, para descrever as latentes mudanças tecnológicas promovidas em toda a sociedade pela disrupção em andamento. Após, na seção subsequente, será exposto o referencial teórico para caracterizar a inteligência artificial, consignando sua definição, classificações, informações sobre sua aplicação junto aos precedentes, projetos e demais nuances. A seção seguinte, correspondente ao verdadeiro epicentro da pesquisa, buscou analisar e discutir o estágio atual da inteligência artificial junto aos precedentes no Poder Judiciário, analisando sua viabilidade, alguns projetos existentes nos Tribunais, bem como com a discussão dos achados teóricos sobre os benefícios da inteligência artificial. Por fim, encerra-se com as considerações finais e a conclusão alcançada.

3 METODOLOGIA

Para compreensão dos procedimentos adotados, necessário se faz relembrar o objetivo ora buscado, qual seja, em síntese, investigar e explorar a crescente utilização da inteligência artificial no Poder Judiciário, enfrentando o desafio de ampliar o auxílio da tecnologia para tornar mais acessível e eficiente suas atividades.

Assim, para assegurar o rigor científico ao fim proposto, este trabalho se desenvolveu mediante uma pesquisa aplicada que visou gerar conhecimentos para uma visão prática. Por consequência, o percurso metodológico descrito a seguir foi empregado tendo em vista a comprovação científica e confiabilidade das informações consignadas, servindo de amparo e respaldo às conclusões alcançadas.

Dito isso, o procedimento científico se traduziu em uma abordagem essencialmente qualitativa; ressaltando-se que os poucos dados quantitativos analisados não tiveram protagonismo na pesquisa ora desenvolvida, embora muito tenham colaborado para sua completude.

A pesquisa se valeu do material científico existente acerca do tema. Para o referencial teórico, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, com referências à doutrina jurídica; a artigos seminais recentes, extraídos das bases de dados virtuais Scielo e Google Acadêmico ou de livros de coletâneas de artigos; bem como a dissertação de doutorado recente.

Em seguida, para a análise e discussão pretendida e buscando achados teóricos acerca do problema da pesquisa, foram trazidos os dados decorrentes da primeira, segunda e terceira fases do estudo desenvolvido pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (CIAPJ/FGV), sob a coordenação do ministro Luis Felipe Salomão, cujo foco foi o levantamento do uso de tecnologias baseadas em inteligência artificial e aprendizagem de máquina no Judiciário brasileiro. A coleta desses dados foi realizada por meio do preenchimento de formulário, mapeando os projetos de IA existentes ou em construção nos Tribunais brasileiros nos anos de 2020, 2021 e 2022, o que permitiu a discussão do uso da inteligência artificial pelo método indutivo e a constatação dos benefícios desses projetos.

Dessa forma, buscou-se conferir um caráter exploratório ao trabalho desenvolvido,

para maior conhecimento da utilização da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário, visando à verificação de todas as nuances desse contexto. Assim, os dados, decorrentes das respostas ao questionário, foram analisados a fim de ser descortinado o crescente universo dos projetos tecnológicos de inteligência artificial junto aos precedentes, verificando suas características, utilidades e resultados alcançados nos projetos, a fim de buscar o resultado buscado nessa pesquisa, atinente às contribuições da inteligência artificial junto aos precedentes vinculantes no Poder Judiciário.

Essas são, portanto, as etapas procedimentais a serem seguidas, para posterior análise e discussão à luz do aporte teórico, para enfrentamento do desafio de incrementar a política judiciária brasileira com a utilização da inteligência artificial na gestão judiciária de precedentes vinculantes.

3 A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E SEUS IMPACTOS NA GESTÃO JUDICIÁRIA DE CONFLITOS

Em uma rápida incursão na História, verifica-se que houve determinadas épocas em que ocorreram grandes avanços tecnológicos, chamados comumente de grandes revoluções industriais, que reverberaram em todos os setores da sociedade civil, causando grandes mudanças e impactos.

Conforme afirma Lordelo (2022), inicialmente, em meados do século XVIII e início do XIX, foram criadas as máquinas a vapor, e o carvão era utilizado como combustível, o que caracterizou a Primeira Revolução Industrial. Em seguida, na metade do século XIX, houve a Segunda Revolução Industrial, e todo o modo de fabricação foi remodelado, inclusive suas rotinas, com a adesão a linhas de montagens e motorização dos processos. A Terceira Revolução Industrial ocorreu na segunda metade do século XX, principalmente com o surgimento do computador e da internet, gerando certa automatização dos aparatos de trabalho e tecnologias de comunicação comunicações de tecnologia e informações.

Por sua vez, a Quarta Revolução Industrial, também chamada de Revolução 4.0, já está ocorrendo e alterará bastante a forma como se vive. No início do século XXI, surgiu uma "tecnologia disruptiva" que permitiu um salto de qualidade e produtividade. Nesse contexto,

"disrupção" é uma expressão utilizada para representar as inovações disponibilizadas pelo mercado em forma de produtos amigáveis e a preços módicos, desequilibrando as antigas empresas por romperem com antigos padrões empresariais.

Segundo Schwab (2016), com a tecnologia disruptiva há o surgimento de novos modelos de negócios, com a descontinuidade de muitos dos modelos anteriores, o que gera uma reformulação da produção, do consumo e dos sistemas logísticos, resultando em uma mudança de paradigma no modo como trabalhamos e nos comunicamos, bem como na maneira como nos expressamos e nos informamos.

Dessa forma, todo o modelo tradicional de relações é alterado com essas novas tecnologias. Por exemplo, a Uber é considerada a maior empresa mundial de "táxi", e não possui sequer um automóvel. O Facebook é considerado o proprietário de mídia mais popular do mundo, apesar de não criar nenhum conteúdo. O Airbnb, apesar de não possuir nenhum imóvel, é considerado o maior provedor global de hospedagem (SCHWAB, 2016; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2021).

Na visão peculiar de Floridi (2014), vivemos em um ambiente informacional e estamos caminhando para um período que ele intitula como hiper-história, com a crescente dependência de tecnologias de informação e comunicação. Afinal, segundo ele, nossas memórias, decisões, tarefas diárias e outras atividades são constantemente delegadas a agentes artificiais.

De toda forma, todas essas tecnologias inovadoras possuem como pano de fundo para sua fixação na sociedade o avanço da informatização, o barateamento do custo de tratamento e armazenagem de dados e a difusão da internet. Além disso, sua essência é traduzida na fusão de tecnologias físicas, digitais e biotecnológicas.

Conforme observa Lordelo (2022), as relações humanas estão sendo marcadas pela intermediação de ferramentas tecnológicas complexas, muitas vezes com a fusão dos ambientes físico e digital, cujo uso tem promovido profundas transformações nos variados campos da interação social.

Não bastasse todo esse contexto, nos últimos anos ainda sobreveio a crise planetária de saúde, decorrente da pandemia de covid-19 causada pelo coronavírus, que impulsionou, em certa medida, a aplicação e popularização das tecnologias como forma de manter as relações humanas durante a necessidade de isolamento social para conter a disseminação desse vírus

altamente contagioso.

É, pois, diante dessa ordem de ideias que as novas tecnologias têm avançado bastante em nossa sociedade, o que se reflete em diversas áreas, como nas relações de emprego, de consumo, de ensino, nas relações governamentais, além, é claro, das relações jurisdicionais.

Surge, então, o Programa Justiça 4.0, desenvolvido em uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Conselho da Justiça Federal (CJF), buscando implementar uma série de medidas nos Tribunais para aprimorar o uso da tecnologia, como atendimentos virtuais (balcão virtual) e o processo cem por cento digital, ou seja, sem qualquer ato em meio físico.

Cabe a ressalva de Nunes (2021), o qual destaca que já avançamos no Brasil, em boa medida, na fase de digitalização e virtualização do processo, com a transição do modelo físico processual para o modelo eletrônico mediante inúmeras plataformas digitais nos Tribunais, em que pese ainda a continuidade do acervo físico e algumas discussões sobre novas formas de provas atípicas eletrônicas. Ou seja, o primeiro momento de maior inserção da tecnologia no Judiciário se deu com a digitalização dos processos em papel para o formato eletrônico, seguida da desmaterialização ou digitalização dos procedimentos, o que possibilita a realização de atos processuais por videoconferência, como, por exemplo, as audiências e o contato virtual com os magistrados e a secretaria dos Tribunais.

Continua Nunes (2021) explicando que atualmente caminhamos para uma fase de automação, percebendo e otimizando gargalos, em especial sobre atividades repetitivas, o que ocorre mediante o uso simples de inteligência artificial (inteligência fraca, uma inteligência especializada que resolve um determinado problema, principalmente a partir de estatísticas) em alguns projetos desenvolvidos pelos Tribunais, que buscam classificar processos, analisar prescrição, avaliar petições iniciais, realizar penhoras eletrônicas, entre outros casos.

Em outras palavras, o fato de parte das atividades judiciárias ser padronizada e repetitiva, assim como a ampliação das demandas de massa e a crescente necessidade de aumento da produtividade, tornaram o direito um terreno fértil para as fortes transformações das tecnologias disruptivas, em especial da inteligência artificial, verificando-se cada vez mais a automação de tarefas jurídicas.

Mediante todo esse cenário, Nunes, Bahia e Pedron (2021) destacam algumas funções

passíveis de serem promovidas atualmente pela inteligência artificial no âmbito jurídico brasileiro: automação de atos processuais repetitivos e mecânicos; *Online Dispute Resolution* (ODR); emprego de constrições *online* em processos judiciais; triagem automatizada de casos processuais, entre outras funções.

Portanto, no cenário brasileiro, verifica-se que o avanço tecnológico é uma realidade na sociedade, espraiando-se paulatinamente também ao Poder Judiciário em diversas de suas searas. Como efeito disso, a virtualização do processo judicial já se mostra avançada, com todos os Tribunais possuindo plataformas para a tramitação de processos digitais, além de diversos atos processuais desenvolvidos de forma virtual, o que vem sendo potencializado ainda mais pelo programa Justiça 4.0, com, por exemplo, atendimentos virtuais e processos totalmente digitais.

Passamos, contemporaneamente, ainda que em uma fase menos avançada, pela introdução de uma fase tecnológica de densa automação, em que a inteligência artificial se apresenta com grande relevância para direcionar a mecanização de tarefas, trazendo maiores níveis de precisão e velocidade proporcionados pelas máquinas.

4 A CRESCENTE DISSEMINAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS E SUA ADERÊNCIA AO MANEJO AOS PRECEDENTES VINCULANTES

Como visto, a inteligência artificial é uma das principais ferramentas da Quarta Revolução Industrial, em que se identifica uma simbiose entre os mundos físico, digital e biológico, marcada essencialmente pela grande quantidade de dados que são produzidos e pela disrupção de padrões da sociedade.

Para Munárriz (1994), a inteligência artificial é um ramo da informática dedicado à criação artificial do conhecimento, ou seja, uma ciência que tem como aspiração fundamental o desenvolvimento e produção de sistemas especializados na manipulação inteligente do conhecimento humano.

Existem diversas outras definições da inteligência artificial, haja vista que seu conceito não é algo exato e fechado. Por exemplo, outra definição existente da IA é trazida por Rissland

(1990, p. 2): "é o estudo dos processos cognitivos usando as estruturas conceituais e ferramentas da ciência da computação" (tradução nossa).[3]

Por sua vez, Roque e Santos (2021) definem a inteligência artificial como a aptidão das máquinas em realizar atividades que se aproximam da inteligência humana ou procuram imitá-la. É um sistema computacional criado para simular racionalmente o comportamento humano, buscando se equiparar ou superar a capacidade de pensamento das pessoas.

Em suma, a inteligência artificial é uma ramificação da ciência da computação que se aplica ao desenvolvimento de sistemas inteligentes por meio de computadores e máquinas capazes de realizar, com grande agilidade, atividades comumente realizadas por humanos, utilizando-se de informações introduzidas para resolução de problemas. É, pois, a capacidade de sistemas computacionais realizarem ações que exigem esforços cognitivos, por meio de processamento de dados.

Exemplificando sua agilidade e *expertise*, Wolkart (2022) e Lee (2019) citam que, em 1997, o computador Deep Blue da IBM derrotou o então campeão mundial de xadrez, e, em 2016, o AlphaGo da Google DeepMind derrotou o campeão mundial de Go da época.[4] Ambos são jogos complexos e de inúmeras possibilidades de estratégias.

Nunes, Bahia e Pedron (2021) ponderam que a inteligência artificial consiste em três principais elementos: sensores (*input*), lógica operacional (algoritmo) e atuadores (*output*). Assim, o ponto de partida são os dados fornecidos ao sistema – *input* –, como, por exemplo, na área jurídica, os padrões de fatos e documentos, os julgados e os precedentes; e o ponto de chegada – *output* – é o resultado alcançado, que poderá ser desde uma simples análise ou confecção de documentos, contratos e petições até a facilitação da identificação de demandas repetitivas e a predição de possíveis julgamentos futuros por meio de métodos quantitativos e estatísticos das decisões e dos precedentes.

Tais autores prosseguem explicando que o caminho entre o *input* e o *output* decorre da lógica operacional algorítmica. O algoritmo é uma descrição das etapas de resolução de um problema com indicações de ações bem ordenadas. Dito de outra forma, é uma sequência de

[3] No original, "is the study of cognitive processes using the conceptual frameworks and tools of Computer Science" (tradução livre nossa).

[4] Go é um jogo de tabuleiro oriental milenar, que tem trezentas vezes mais possibilidades que o xadrez (WOLKART, 2022). Acrescenta Lee (2019) que se trata de um jogo altamente complexo, visto como uma arte no Oriente, e a vitória da máquina desencadeou um novo frisson pela evolução da IA, principalmente na China, mas também no restante do mundo.

comandos para que o computador transforme o *input* em *output*, consistindo em fórmulas matemáticas que, aplicadas aos dados de entrada, possibilitam ao sistema a resolução do problema proposto.

Outro conceito de enorme relevância é o de aprendizado de máquina, também chamado de *machine learning*. Trata-se de metodologia e conjunto de técnicas que encontra novos padrões e conhecimento em dados e gera modelos que podem ser usados para previsões eficazes sobre os dados. O aprendizado de máquina busca entender a estrutura dos dados para depois colocá-los em modelos que possam ser compreendidos e usados por todos, e pode ser de três tipos: supervisionado, não supervisionado e de reforço (LAGE, 2020).

O algoritmo de aprendizado supervisionado busca classificar dados em categorias previamente definidas. Destina-se a encontrar padrões em dados que possam ser aplicados em um processo analítico. Por exemplo, é possível analisar diversas imagens de animais, classificando-os em espécies previamente rotuladas (LORDELO, 2022).

O aprendizado não supervisionado se refere aos dados não rotulados para a solução de problemas. Busca, a partir de uma massa de dados, identificar propriedades úteis sem a intervenção humana. Por exemplo, a detecção de *spam* em mensagens de e-mail usa esse método (LORDELO, 2022).

O aprendizado por reforço, menos comum e mais complexo, é um modelo comportamental que exige equipamentos capazes de fazer com que a máquina melhore o seu aprendizado e integre o ambiente ao seu entorno. É o que ocorre, por exemplo, em carros autônomos, que possuem sensores para reconhecer a estrada e obstáculos (LAGE, 2020).

Assim, atualmente, da mesma maneira que o cérebro humano, a máquina também precisa ser instruída, a fim de classificar e qualificar coisas, fazer relacionamentos, aprender com tentativa e erro, praticar para aprender. Esse aprendizado é alcançado com a sinergia das informações dos computadores em rede e sua comunicação.

A lição aprendida pode compreender uma função simples, como a mera recomendação de um filme ou produto, a identificação de números escritos e o reconhecimento de sons; ou uma função complexa, como o percurso de carros autônomos. A automatização por sistemas de inteligência artificial pode ainda colaborar para recrutamento de pessoal, sistemas de precificação personalizada, entrega de publicidade direcionada ou publicidade eleitoral. Dessa

abrangência surge a classificação em inteligência artificial fraca e forte.

Segundo Boeing e Rosa (2020), a inteligência artificial fraca (IA fraca) ou de propósito limitado é aquela especializada em uma única área. Ela executa tarefas específicas muito bem, mas não consegue fazer outras coisas. Assim, diante dessas características, verifica-se que é a IA fraca, mediante principalmente a aprendizagem supervisionada, mostra-se presente em nosso cotidiano, inclusive no âmbito jurídico, como o programa americano ROSS, que promove análise preditiva de pronunciamentos judiciais para advogados norte-americanos.

No que se refere ao Brasil, em especial ao Poder Judiciário brasileiro, cerne desse artigo, verifica-se que a inteligência artificial é protagonista na crescente implantação de sua fase de automação, havendo diversos projetos para a facilitação das atividades judiciárias, buscando maior celeridade e eficiência.

Como exemplo de atividades que se encontram em crescente aplicação da inteligência artificial, há diversos projetos para a automação do bloqueio de ativos financeiros, para classificação de petições, para chats de atendimentos, para identificação de repetições, entre outras aplicações, como o manejo dos precedentes vinculantes, foco desse trabalho.

Essa crescente expansão da inteligência artificial no Poder Judiciário é chamada por Porto (2022) de “corrida maluca” dos Tribunais, em que todos eles buscam se modernizar, uma vez que a tecnologia, em especial a inteligência artificial, tornou-se uma grande aliada para lidar com o grande volume de processos, precedentes e normas jurídicas.

Sobre esse extenso volume, Lewandowski (2009), tomando como base os pensamentos do finado pensador italiano Norberto Bobbio, descreveu que desde meados do século passado vivemos um tempo de maior proteção dos direitos fundamentais, inclusive em âmbito interno, de modo que a Constituição Federal e as leis subsequentes escancararam as portas do Poder Judiciário, o que fez com que se instalasse a “era dos direitos”, descrevendo ainda que o Poder Judiciário, nesse contexto, mostra-se atualmente como protagonista para conseguir lidar com tanta proteção jurídica oferecida e com a facilitação do acesso à justiça.

Sobre esse panorama, atendo-se ao recorte temático proposto inerente aos precedentes vinculantes, e em busca dos resultados almejados, verifica-se que a primeira, segunda e terceira fases da pesquisa desenvolvida por meio dos relatórios da Fundação Getúlio Vargas trouxeram importantes dados sobre o uso da inteligência artificial nos Tribunais brasileiros. Foi possível

verificar que existem vários projetos, com nomes específicos, muitos ainda em fase de implantação, com o uso da inteligência artificial, conforme segue exposto:

Tabela 01: Projetos de inteligência artificial

Tribunal	Ano	Nome do Projeto	Situação
Supremo Tribunal Federal	2020	Victor	Em produção
Superior Tribunal de Justiça	2019	Athos	Em produção
	2019	Sócrates	Em produção
Tribunal Regional Federal da 1ª Região	2020	ALEI	Em desenvolvimento
	(sem resposta)	SIB	Em desenvolvimento
Tribunal Regional Federal da 5ª Região	2018	Julia	Em produção
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	2020	Classificação de temas	Em produção
Tribunal de Justiça do Amapá	2019	TIA	Em produção
Tribunal de Justiça da Bahia	2021	Temas repetitivos	Em desenvolvimento
Tribunal de Justiça do Ceará	2019	Projeto LEIA Precedentes – Legal Intelligent Advisor Precedentes	Em produção
Tribunal de Justiça do Acre	2019		
Tribunal de Justiça do Alagoas	2020		
Tribunal de Justiça do Amazonas	2020		
Tribunal de Justiça Mato Grosso do Sul	2020		
Tribunal de Justiça de São Paulo	2020		
Tribunal de Justiça do Ceará	(sem resposta)	Cientista Chefe	Em desenvolvimento
Tribunal de Justiça de Santa Catarina	2020	Pesquisa de jurisprudência com inteligência artificial	Em produção
Tribunal de Justiça do Goiás	2018	Identificação Automática 332	Em produção
Tribunal Regional do Trabalho – 1ª Região	2022	Identificação automática de processos cujo	Em desenvolvimento

		tema esteja sobrestado	

Fonte: Autor, com base na primeira e segunda fases do relatório da Fundação Getulio Vargas (2021, 2022, 2023).

Com relação à finalidade dos projetos, cabe anotar que os projetos mapeados tratam de indicação e identificação de temas de precedentes vinculantes, sugerindo casos representativos de controvérsias; agrupamentos de processos; sugestões de minutas de decisões com base em precedentes; identificação de processos a serem sobrestados em razão da pendência do precedente; e a identificação de casos que devam obedecer a um precedente correlato.

Assim, essa tabela estampa a coleta de dados da pesquisa e como a inteligência artificial vem se difundindo no âmbito judiciário, especificamente no universo dos precedentes judiciais vinculantes. Seus achados trazem o retrato da evolução tecnológica em curso para a efetivação dos precedentes, o que será analisado a seguir.

5 ANÁLISE E RESULTADOS DA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO

Uma vez exposta toda a revisão de literatura e colhidos os dados dos projetos de inteligência artificial sobre os precedentes vinculantes nos Tribunais brasileiros, passa-se então, doravante, à parte interpretativa e analítica dos dados colhidos com o mapeamento nos Tribunais brasileiros, consignando os resultados encontrados em conjugação com a literatura jurídica e legiferante correspondente.

Desta feita, o levantamento de dados realizado aponta para um expressivo número de projetos tecnológicos de inteligência artificial no Poder Judiciário. Cabe ressalvar que as amostras colhidas com os questionários encaminhados pela Fundação Getúlio Vargas não se destinaram aos Tribunais da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar, pois tiveram como universo de pesquisa apenas a Justiça Estadual, a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho, além do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal

de Justiça (STJ), totalizando 59 (cinquenta e nove) Tribunais pesquisados, além do CNJ.

Neste contexto, atendo-se aos projetos relacionados aos precedentes vinculantes, foco desse trabalho, os Tribunais informaram seus projetos em produção ou em desenvolvimento. Isto é, os dados coletados identificaram 19 (dezenove) projetos ligados aos precedentes judiciais vinculantes, sendo 14 (catorze) deles já em produção e 05 (cinco) em desenvolvimento nas suas respectivas cortes. São 11 (onze) projetos na Justiça Estadual, dos quais 09 (nove) estão em produção e 02 (dois) em desenvolvimento; 04 (quatro) projetos na Justiça Federal, sendo 02 (dois) deles em desenvolvimento e 02 (dois) em produção; 02 (dois) projetos em produção no STJ; 01 (um) projeto em produção no STF; e 01 (um) projeto em desenvolvimento na Justiça do Trabalho.

Desses projetos, nenhum surgiu antes do ano de 2018[5], o que denota o caráter recente deles, tratando-se de uma nova realidade de aplicação da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário, que busca auxiliar em atividades passíveis de serem organizadas nas operações matemáticas formadoras do algoritmo. Frise-se ainda que, confirmando o caráter recente, apenas dois surgiram no ano de 2018 e já se encontram em produção; outros cinco surgiram no ano de 2019 e, também, já se encontram em produção; ao passo que a maioria dos projetos (oito Tribunais) são provenientes do ano de 2020, ressalvando que um deles está em estágio de desenvolvimento; além de um ter surgido em 2021 e se encontrar em desenvolvimento; e, por fim, um surgiu em 2022 e está em desenvolvimento.

Logo, infere-se que os projetos estão presentes nas instâncias extraordinárias correspondentes ao STJ e STF. Além disso, os projetos também estão presentes em muitos Tribunais na Justiça Federal e na Justiça Estadual, havendo apenas um projeto na Justiça do Trabalho.

Isso revela uma grande capilaridade da implementação de projetos em todo o Poder Judiciário, sendo que os Tribunais de Justiça Estadual têm tido uma experiência maior na adoção de técnicas de inteligência artificial, embora diluída em suas várias unidades. Também é possível identificar que o STJ e o STF têm poucas iniciativas, mas todas já estão em produção há anos, o que mostra um nível de maturidade maior dessas cortes superiores em razão de que

[5] Cabe observar que o projeto Cientista Chefe, do TJ/CE, bem como o projeto Sistema de Inteligência de Busca – SIB, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, estão em desenvolvimento e não tiveram o ano de implantação informado na pesquisa. Todos os demais Tribunais, que participaram da pesquisa, informaram o ano de implantação de seus projetos, ainda que em desenvolvimento.

muito proferem e manejam precedentes vinculantes, principalmente aqueles advindos de repercussão geral, súmulas vinculantes, recursos repetitivos e controle de constitucionalidade, que fazem parte de suas competências.

As funcionalidades se aplicam preponderantemente mediante o aprendizado supervisionado, sendo essa a tecnologia em que os padrões de treinamento são apresentados ao algoritmo de aprendizagem acompanhados do conjunto de rótulos (ou classes) previamente conhecidos. O algoritmo busca uma associação das características dos padrões de entrada ao rótulo correto, de modo que seja capaz de realizar predições para novos padrões (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022; LAGE, 2020). Dito de outra forma, há uma classificação prévia, ao contrário do aprendizado não supervisionado, utilizado no projeto Athos do STJ, em que a máquina procura por estruturas semelhantes dentro de um conjunto, dividindo os dados em grupos sem qualquer parâmetro prévio.

Verifica-se ainda que tais projetos envolvendo os precedentes vinculantes se destinam a diversas funcionalidades, como agrupamentos de processos similares, formação de lotes para julgamento, associação a julgamentos anteriores, e colaboração para desenvolvimento de minutas de decisões judiciais. Cabe pontuar que muitos se destinam a identificar a existência de precedente a ser observado em julgamentos, ou mesmo a ordem de suspensão a ser observada em processos que se encontram em trâmite.

Boeing e Rosa (2020) chamam essas funcionalidades de Robô-Classificador e Robô-Relator. Sobre o primeiro, Lage (2020) explica que a classificação tem por função primordial encontrar matérias úteis aos julgadores para fundamentar suas decisões. Tal classificação na modalidade supervisionada é feita quando as categorias já estão previamente definidas (como os temas dos precedentes) e então o algoritmo trabalha com treinamento e teste. Os dados são rotulados e alimentados (*input*) no algoritmo de aprendizado, o qual é treinado com os dados e oferece a saída desejada (*output*). Durante a fase de teste, o algoritmo é alimentado com dados não rotulados e desconhecidos pela máquina, que os classifica em categorias com base na fase de treinamento. Boeing e Rosa (2020) ainda define o Robô-Relator, em que a máquina faz um relatório dos autos e depois faz uma sugestão de decisão, a ser analisada pelo magistrado como cabível ao caso concreto ou se afastada para a prolação de outra decisão.

Entretanto, nenhum dos projetos buscam implementar um Robô-julgador, assim

entendido a máquina que profira decisões de forma autônoma, principalmente em decisões repetitivas em que o resultado fornecido pelo algoritmo já seria a própria decisão, reservando a atividade humana a instância revisora (BOEING; ROSA, 2020). A influência da máquina seria bastante elevada no processo decisório, geralmente em casos massificados e de baixa complexidade, sendo trabalhoso discordar e explicar a falha da inteligência artificial (BOEING; ROSA, 2020; NUNES, 2021).

Com isso, a não implementação do Robô-Julgador traz maior segurança no uso da inteligência artificial, uma vez que ele é mais suscetível aos impactos de vieses, heurísticas e da opacidade de sua aplicação. Isso porque a identificação de precedentes, de sobrestamentos e a sugestão de minutas, inerentes às funções do Robô-Classificador e do Robô-Relator, são atividades que são analisadas e revisadas posteriormente pelos humanos, o que denota um maior controle e transparência do ato jurídico confeccionado.

Não obstante essas classificações e utilidades da inteligência artificial, há grande ênfase para as funcionalidades envolvendo temas de teses de precedentes, o que indica uma maior relevância dos precedentes de repercussão geral e do regime de recursos repetitivos, os quais possuem extensa quantidade de teses. Isto é, são exatamente esses precedentes vinculantes - teses de repercussão geral e recursos repetitivos - que são proferidos em uma maior quantidade em nosso ordenamento jurídico, o que vai ao encontro do fato de que os projetos de inteligência artificial tenham uma maior incidência sobre eles.

Ademais, cabe anotar que esses referidos precedentes vinculantes ainda contam com a possibilidade da ordem de suspensão dos processos que sejam análogos aos seus temas, suspensão essa que em muitos casos é determinada pelo relator, de modo que a identificação do precedente correlato ao caso concreto também é útil para a identificação da necessidade de sobrestamento do caso, quando o precedente ainda não estiver finalizado e houver ordem de suspensão a ser observada.

Assim, é possível inferir, como resultado encontrado nessa pesquisa, que os projetos de inteligência artificial são úteis para a gestão judiciária de processos, pois, em sua maioria, incidem sobre os precedentes fixados, identificando seus temas correlatos e possibilitando que sejam observados. Por consequência, também colaboram para a identificação dos processos que devem ser sobrestados na pendência da fixação do precedente. Nesse sentido, destaca-se o

projeto LEIA Precedentes (Legal Intelligent Advisor Precedentes), replicado em 06 (seis) Tribunais da Justiça Estadual para a identificação da correlação com alguns temas pré-determinados.

Nessa toada, cabe rememorar que, embora os algoritmos não tenham preconceito e vontade próprias para discriminar pessoas e situações, eles são alimentados por pessoas, as quais possuem pré-compreensões que podem influenciar na forma como o programa irá se comportar (vieses cognitivos das pessoas, que desencadeiam vieses nas máquinas).

O enviesamento também pode ocorrer por heurísticas (atalhos cognitivos) em que a máquina age rapidamente, mas de forma demasiadamente simples e açodada, o que gera a imperfeição da resposta. Além disso, as decisões da inteligência artificial são carentes de suficiente justificação que fundamentem a decisão tomada, o que caracteriza sua opacidade (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2021).

Portanto, paralelo à quarta revolução industrial e no contexto da Justiça 4.0, como mencionado por Nunes (2021) e corroborado nas pesquisas da Fundação Getulio Vargas, estamos no curso de uma virada tecnológica em sua fase de automação, otimizando atividades repetitivas, o que ocorre mediante o uso simples de inteligência artificial, como se mostra nos projetos tecnológicos dos Tribunais em relação aos precedentes vinculantes, em especial sobre a identificação deles, da necessidade de suspensão de casos análogos e possível sugestão de minutas.

Trata-se de uma continuação de décadas de rupturas paradigmáticas que induziram grandes modificações nos fundamentos, propósitos e práticas jurídicas. Exemplificamente, desde o fim da segunda guerra mundial sofremos o impacto da constitucionalização efetiva do Direito com a reformulação de uma série de pressupostos que se naturalizam em nossa prática jurídica, com destaque para o papel e a força dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade e o papel das cortes de sobreposição (NUNES, 2021; NUNES JR., 2018), o que vai ao encontro da mencionada “era do direito”. Ora, essas rupturas continuam, mas agora com o incremento de uma virada tecnológica em que a inteligência artificial tem ocupa seu espaço.

Em suma, nesse contexto e após toda essa análise dos dados dos projetos tecnológicos, é possível constatar que o número crescente de projetos que incorporam aspectos de inteligência

artificial já implementados ou em desenvolvimento demonstra a busca por maior eficiência dentro do Poder Judiciário brasileiro. Tais iniciativas se mostram pertinentes para colaborar com a efetivação dos precedentes vinculantes, ensejando, por consequência, a capacidade do sistema de absorver números cada vez maiores de ações judiciais, combinado à necessidade de redução de custos de pessoal, celeridade processual e isonomia de julgados.

Diante desse contexto, conclui-se que contemporaneamente a inteligência artificial é uma importante ferramenta para facilitação da identificação dos precedentes vinculantes e sugestões de minutas, mas ainda precisa se difundir no Poder Judiciário, uma vez que alguns Tribunais ainda não contam com projetos para sua utilização. E os projetos já existentes tendem a se aprimorar, posto que são recentes e denotam precisar de maior maturidade.

6 CONCLUSÃO

Buscou-se, como objetivo dessa pesquisa, delinear cientificamente o papel contemporâneo da inteligência artificial junto aos precedentes vinculantes na política judiciária, buscando aferir a hipótese proposta de que ela pode facilitar o manejo do precedente correlato, colaborando, assim, para desvendar o problema motivador dessa pesquisa referente à viabilidade e pertinência dos Tribunais implementarem o uso da inteligência artificial para suas atividades, em especial para a efetivação do sistema de precedentes vinculantes.

Para isso, inicialmente foram visitadas as respectivas referências teóricas sobre a quarta revolução industrial e a inteligência artificial. Como exposto, no cenário contemporâneo referente à quarta revolução industrial, em que há fusão de várias tecnologias e de soluções disruptivas aos padrões instalados na sociedade, o Poder Judiciário muito já se reinventou com a digitalização e virtualização de atos processuais, iniciando uma fase de automação de atos repetitivos e mecânicos, fase essa em que a inteligência artificial se apresenta como importante meio a esse fim, tendo em vista a rapidez em executar tarefas que sejam padronizadas pelos algoritmos que se baseiem. Por conseguinte, foi exposto ainda que vários projetos de implementação de inteligência artificial surgiram em vários Tribunais, para identificação de precedentes e sugestão de modelos textuais sobre a aplicação deles, mas nenhum para promover julgamentos pelas máquinas com base em precedentes, o que permanecesse restrito às

atividades humanas.

Dessa forma, encerrado o referencial teórico, foi possível ingressar no coração da pesquisa desenvolvida, para então analisar e chegar ao resultado perquirido, respondendo o problema de pesquisa referente à utilidade da inteligência artificial para reduzir a dificuldade no Poder Judiciário, em muitos casos, de identificar rapidamente o precedente adequado e aplicar todos os seus efeitos. Constatou-se que a inteligência artificial é um instrumento cabível para auxiliar na identificação dos precedentes vinculantes e também suas ordens de suspensão de feitos, bem como para sugerir minutas pré-padronizadas, porém não é passível de aplicação de tais precedentes de forma autônoma, de modo que a inteligência artificial, mediante os projetos já existentes, apresenta-se como instrumento promissor para auxiliar na efetivação dos precedentes vinculantes.

Assim, restou demonstrado que vários Tribunais brasileiros estão aderindo à utilização da inteligência artificial para promover um melhor manejo dos processos relacionados a algum precedente obrigatório. Trata-se de uma questão de grande relevância, uma vez que muitos projetos estão surgindo, de modo que a inteligência artificial é mais uma forma pertinente para a organização dos precedentes, gerindo os conflitos judiciais.

Importante trazer ainda as limitações da pesquisa. Tratando-se de um artigo científico com foco específico e delimitado, essa pesquisa se limitou aos Tribunais brasileiros (com exceção daqueles da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar), não abrangendo a advocacia ou outras instituições como campo de pesquisa. Com isso, não se eliminou a possibilidade de que advogados, promotores e outros atores processuais tenham acesso a algum meio facilitador de identificação ou aplicação dos precedentes pela inteligência artificial, mas se limitou ao Poder Judiciário brasileiro, onde já há projetos em implementação.

Nesse âmbito dos Tribunais, a presente pesquisa também teve sua limitação no aspecto funcional dos projetos de inteligência artificial sobre a efetivação dos precedentes e no impacto da efetivação dos precedentes na gestão judiciária de conflitos, de modo que seu recorte não abrangeu os custos ligados à tecnologia da informação envolvida, os quais, à medida que as iniciativas de inteligência artificial evoluam, deverão exigir mais investimentos de infraestrutura de processamento. Isto é, muito embora seja natural que a implementação da tecnologia demande um custo para seu desenvolvimento e aplicação, essa questão financeira

envolve as prioridades orçamentárias de cada corte na área da tecnologia, o que não foi esmiuçado.

Em suma, com as devidas limitações e seguindo o percurso metodológico para assegurar o rigor científico, foram descortinadas todas as contribuições da pesquisa citadas acima, relacionadas ao objetivo proposto, atinente ao uso da inteligência artificial na identificação e aplicação dos precedentes vinculantes no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

Por fim, como agenda de próximas pesquisas, sugere-se a futura atualização do mapeamento dos projetos de inteligência artificial aplicados junto aos precedentes vinculantes, uma vez que outros projetos podem, e naturalmente devem, surgir, além de que os já existentes podem evoluir ainda mais, sendo pertinente trazer suas contribuições para a gestão judiciária de conflitos, buscando-se uma maior celeridade, eficiência e exatidão na prestação jurisdicional fruto da atividade típica a ser desenvolvida por todo o Poder Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

FLORIDI, Luciano. **The Fourth Revolution**: how the infosphere is reshaping human reality. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Inteligência artificial**: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Relatório de pesquisa. São Paulo: FGV, 2021. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Inteligência artificial**: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. São Paulo: FGV, 2022. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Inteligência artificial**: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. São Paulo: FGV, 2023. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_3a_edicao_0.pdf. Acesso em: 18 jun. 2023.

LAGE, Fernanda de Carvalho. **A inteligência artificial na repercussão geral: análise e proposições da vanguarda de inovação tecnológica no Poder Judiciário brasileiro.** Tese de Doutorado: Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

LEE, Kai-Fu. **Inteligência artificial**: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Tradução de Marcelo Barbão. 1. ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de direito administrativo,** v. 251, p.77-85, 2009.

LORDELO, João Paulo. **Noções gerais de direito e formação em humanística**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

MUNÁRRIZ, Luis Álvarez. **Fundamentos de inteligência artificial**. Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1994.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual e etapas do emprego da tecnologia no direito processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? *In*: WOLKART, Erik Navarro; NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (org.). **Inteligência artificial e direito processual**. Salvador: JusPodivm, 2021.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

PORTO, Fábio Ribeiro. A "corrida maluca" da Inteligência Artificial no Poder Judiciário. **Inteligência artificial e aplicabilidade prática no direito.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, p. 103-130, 2022.

RISSLAND, Edwina L. Artificial intelligence and law: Stepping stones to a model of legal reasoning. **The Yale Law Journal**, v. 99, n. 8, p. 1957-1981, 1990.

ROQUE, Andre; SANTOS, Lucas Braz Rodrigues dos. Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 1, 2021.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

WOLKART, Eric Navarro. **Inteligência artificial e sistemas de justiça**: proposta de um *framework* regulatório para desenvolvimento ético e eficiente. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

A ATIVIDADE NOTARIAL E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS: UMA ANÁLISE DA SUA ORIGEM, RELEVÂNCIA E PRINCÍPIOS ORIENTADORES

RIBEIRO SOARES, Lucas Sandro[1]
BONNOTO BARBOZA, Ricardo Augusto[2]

Este estudo lança luz sobre a atividade notarial, uma função essencial em vários sistemas jurídicos que confere autenticidade e legitimidade a atos jurídicos. Utilizando uma revisão bibliográfica meticulosa e uma abordagem hermenêutica, a pesquisa questiona o papel e a contribuição do notariado no direito contemporâneo. Explorou-se a relevância intrínseca da atividade, destacando sua capacidade preventiva em litígios e sua importância em um contexto crescentemente digitalizado. O trabalho também traça a origem histórica do notariado, demonstrando sua evolução e adaptabilidade ao longo dos tempos. Em uma discussão intensiva sobre sua natureza jurídica, são apresentadas perspectivas variadas, com implicações práticas distintas, reforçando a complexidade do tema. Os princípios e responsabilidades que orientam o notariado são apresentados como alicerces do ofício, corroborando sua legitimidade e confiabilidade. Em conclusão, o notariado é reconhecido não apenas como um reflexo histórico, mas como uma pedra angular na construção da segurança jurídica atual. Esta pesquisa contribui significativamente para a compreensão acadêmica e prática desse ofício no universo do Direito.

Palavras-chaves: Direito Notarial; Autenticidade Jurídica; Natureza Jurídica Princípios Notariais; História do Notariado

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s):

[1] Mestre em Direito - Universidade de Araraquara. Lucas72soares@gmail.coml.
[2] Pos-Doutor - Universidade Estadual Paulista (UNESP) - bonotto@bcpconsultores.com.br

1 INTRODUÇÃO

Em diversos sistemas jurídicos ao redor do globo, a atividade notarial se consolida como uma função essencial, sendo o elo que confere legitimidade e autenticidade aos mais variados atos jurídicos. Não obstante sua vasta presença e reconhecimento, não são raras as ocasiões em que se põe em xeque a real relevância deste ofício, sua proveniência e, de modo mais acentuado, a natureza jurídica que lhe é atribuída. Essas ponderações conduzem à inquirição central deste estudo: qual é, de fato, a contribuição e o papel do notariado na tessitura do Direito contemporâneo?

O intuito precípuo deste trabalho é adentrar no cerne da atividade notarial, destrinchando os pilares que sustentam sua prática e importância, bem como sua origem, natureza jurídica e os princípios basilares que a orientam. Em uma escala mais particularizada, ambiciona-se (i) decifrar a inerente relevância da atividade notarial dentro do sistema jurídico contemporâneo, observando sua função enquanto pilar de estabilidade e segurança jurídica; (ii) reconstruir sua trajetória histórica, ponderando sobre os eventos e necessidades que fomentaram sua criação e posterior consolidação; (iii) refletir sobre a natureza jurídica do notariado, buscando compreender suas nuances, características e os debates acadêmicos que orbitam em torno deste conceito; e (iv) perscrutar e debater os princípios e deveres que, de forma intrínseca, regem e direcionam a atividade notarial.

Para a concretização desses objetivos, a metodologia optada se assenta em uma criteriosa revisão bibliográfica, aliada à análise das legislações que se relacionam com o tema. Ademais, será empregada uma abordagem hermenêutica dos princípios e responsabilidades associados ao notariado, permitindo uma interpretação densa e crítica acerca dos mesmos..

2 DESENVOLVIMENTO

A presente seção tem como diretriz apresentar de forma objetiva a função notarial, abordando a origem, evolução e uma visão atual dos benefícios advindos da atuação notarial na salvaguarda e efetividade de direitos.

A atividade notarial tem por escopo formalizar juridicamente os atos e negócios jurídicos e convenções que as partes devam ou queiram dar forma pública, agregando

segurança jurídica por força do atributo da fé pública conferida ao agente notarial. O notário ou tabelião é um profissional do Direito recrutado pelo Estado por Concurso Público de provas e Títulos para desempenhar a atividade notarial.

O papel desenvolvido pelo Notário/Tabelião visa sempre a autocomposição dos interesses dos contratantes. Para obter a composição dos interesses dos contratantes é dever do notário explicitar e informar de forma clara e objetiva os direitos e deveres que advirão dos negócios e atos jurídicos que as partes envolvidas pretendem realizar (BRANDELLI, 2007).

Não raras vezes o Notário/Tabelião é procurado pelos contratantes quando os interesses são aparentemente colidentes. Nessas hipóteses deve o agente notarial assessorar as partes explicitando os respectivos direitos e buscar uma aproximação das partes, possibilitando e viabilizando a espontânea realização dos negócios pelos contratantes. O Notário como agente profilático atua na prevenção de conflitos, e com a sua atuação pode e deve criar pontes para tentar obter a possibilidade de acomodação de interesses, apontando para as partes, com imparcialidade e objetividade, as consequências e os benefícios de uma composição amigável, tanto nos aspectos econômicos e jurídicos, bem como nos aspectos físicos e psicológicos dos envolvidos na transação (LOUREIRO, 2017).

Hodiernamente, o Notariado vem ganhando destaque no papel de promoção de acesso aos direitos, especialmente os fundamentais, dos cidadãos, sendo a cada dia atribuído a atividade notarial novos papéis para atuar na qualidade de agente estatal para promover ou proteger direitos e garantias, visando desafogar o judiciário (SARDINHA, 2017). Nesta esteira podemos citar as atribuições delegadas aos Tabeliães decorrentes da Lei Federal 11441/07 que faculta aos interessados a utilização do Tabelião de Notas para a realização de Divórcio, Separação e de Inventário e Partilhas.

Na realização de atos notariais que envolva a realização de Divórcios, Separação e Inventários e Partilha de bens o Tabelião concretiza um dos principais direitos fundamentais, que é a prestação estatal de jurisdição de maneira célere e eficiente, dando cumprimento ao disposto no artigo inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Essa atuação

notarial contempla ainda a observação do disposto no inciso LIV da Carta Cidadã, que dispõe que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal.

Cita-se ainda a atuação do notário na concretização de outros direitos fundamentais, tais como o direito de propriedade, quando atua como fiscal do Estado autorizando as escrituras de transmissão de direitos de propriedade, verificando a legitimidade, origem e disponibilidade do direito, fazendo observar a comprovação dos pagamentos dos tributos incidentes sobre referido negócio, atuando como garantidor do disposto no inciso XXII do Artigo 5º da Carta Magna, atendendo assim o Desiderio Constitucional de assegurar e garantir o direito de propriedade.

Os notários estão na vanguarda de promoção de acesso e concretização de direitos, atuando preventivamente na solução e composição de conflitos (DIP, 2018). Essa atuação de vanguarda decorre da larga experiência acumulada pelo Direito Notarial em todos os tempos da história humana. Desde os tempos imemoriais a atuação do Tabelião é voltada para atender as demandas sociais, atuando sempre como agente imparcial, com intuito de documentar, arquivar e preservar direitos, atribuindo a cada qual o seu respectivo título de direito (DIP, 2012).

Nessa senda é importante destacar que a atuação de forma preventiva de agente estatal que detenha competência para aclarar e delimitar os efeitos dos negócios jurídicos a serem entabulados entre os contratantes, instrumentalizando os contratos com o manto da legalidade, eficácia e certeza e acobertados pela fé pública do Tabelião, fazendo emergir a segurança jurídica que tem como última ratio a pacificação social.

O acesso à justiça pode ser efetivado concretamente mediante a atuação do Tabelião de Notas, especialmente nas localidades onde o Poder Judiciário não tenha instalações físicas, assim, é importante que o legislador alargue as atribuições conferidas aos Notários para compor direitos e interesses disponíveis sem a necessidade de transitar pelo sistema processual judicial, conferindo aos atos públicos notariais força executiva compulsória.

Apresentada de forma objetiva a função notarial, no próximo item serão tratados a relevância da atividade notarial para a prevenção e gestão de conflitos na realização de direitos.

2.1 A relevância da atividade notarial

Atividade Notarial tem por escopo atribuir aos atos, fatos e negócios jurídicos que envolvam a disposição, modificação, conservação e ou administração de direitos privados o timbre da legalidade, certeza e autenticidade ao revestir o instrumento com o manto da fé pública (CENEVIVA, 2002). O Estado delega a função notarial a pessoa natural após aprovação no concurso público de provas e títulos (CENEVIVA, 2002).

O notário, também conhecido como tabelião, é um profissional do Direito a quem o Estado delega, após aprovação em concurso público de provas e títulos, a função notarial para formalizar juridicamente os atos e negócios jurídicos de direitos privados que as partes devam ou queiram dar forma pública, agregando segurança jurídica as convenções por força do atributo da fé pública conferida ao Tabelião (DIP, 2012). É um profissional liberal, exercendo com liberdade o seu mister, todavia, a sua função documentadora é pública pois recebe do Estado um atributo de poder para conferir autenticidade e legalidade mediante a dação de fé pública (AMADEI, 2014).

O tabelião é um profissional do direito recrutado pelo Estado para prestar um serviço público de conferir certeza, legalidade, eficácia, publicidade e fé pública aos instrumentos que firmarem conferindo segurança jurídica aos contratos (JARDIM, 2017). O notário exerce funções, primeiro, no interesse da soberania social, atuando na esfera do interesse privado, agregando o timbre da autenticidade e do controle da legalidade decorrentes da fé pública (DIP, 2018).

A atuação de um profissional do direito, com independência, imparcialidade e desinteressado no resultado do negócio, promove uma vantajosa alteração das perspectivas dos envolvidos nos conflitos, quer nos fatores psicológicos, quer nos econômicos, que se empoderam e assim, com máxima liberdade contratual, sentem-se encorajados e estimulados a resolução de conflitos sem a necessidade de imposição da força do Estado por meio de uma ação judicial (ZOCKUN, 2018).

Nessa senda, o acesso à justiça para a administração de interesses privados disponíveis e transigíveis pode ser concretamente efetivado por intermédio do Notário,

por intermédio da chamada jurisdição voluntária, pois essa pode ser exercida tanto pela intervenção do Estado-Juiz, tanto pela intervenção notarial (ZOCKUN, 2018).

Nas localidades onde não haja instalações físicas do Poder Judiciário, torna-se essencial que o notário possa atuar na situação conflituosa para que com sua expertise possa encaminhar uma solução e obter a pacificação de conflitos, podendo utilizar técnicas de negociação, e estimular os envolvidos a obter uma justa composição, por meio de institutos da conciliação e mediação. É cediço a dificuldade do Poder Judiciário de implantar instalações físicas, que por razões econômicas e de logísticas, em todas as localidades do Brasil. A atividade notarial, em razão de capilaridade, é prestada de forma presencial em instalações físicas situados em todos os municípios do país.

É deveras importante que o legislador se detenha sobre o papel que a atividade notarial desempenha na pacificação da sociedade e entenda o potencial da atividade notarial para dirimir conflitos e compor direitos e interesses disponíveis sem a necessidade de transitar pelo sistema processual judicial, conferindo aos atos públicos notariais força executiva compulsória (ROCHA, 1977). Os notários são quotidianamente consultados acerca dos efeitos e reflexos das relações jurídicas privadas, e exercem com extrema responsabilidade o seu mister de assessor e conselheiro jurídico técnico e imparcial. (BRANDELLI, 2007). O notário é um perito no dizer o direito e excelente canal para a pacificação social quando no exercício de suas funções explícita o direito e evita conflitos de forma profilática (BRANDELLI, 2007).

O Notário ao desempenhar sua função, não aplica ou impõe solução adjudicada, intermedeia e estimula aos interessados e envolvidos na querela, uma busca por solução amigável e que satisfaça os interesses recíprocos dos envolvidos, mediante concessões mutuas para a obtenção de autocomposição. A solução a ser encontrada é decorrente de efetiva participação e colaboração dos interessados na resolução da questão levada a conhecimento do notário, nesta senda não se aplica qualquer decisão impositiva. O notário tem o poder dever de explicitar e informar de forma clara e objetiva os direitos e deveres que advirão dos negócios e atos jurídicos que as partes envolvidas pretendem realizar (BRANDELLI, 2007).

A atuação notarial produz um efeito social importante ao garantir a eficácia probatória, conter a litigiosidade, promover a segurança jurídica e fazer observar o

regramento legal (CAMPILONGO, 2014). A exigência da intervenção notarial nos atos e fatos jurídicos, que a lei exige a forma pública, firmados entre os particulares, visa a salvaguarda da observância do regulamento jurídico adequado aos contratos a serem celebrados, assegurando a higidez da convenção e plena eficácia ao contrato (JARDIM, 2017).

O instrumento revestido com a fé pública notarial é dotado de autenticidade, certeza, legalidade, exigibilidade e segurança jurídica, e confeccionado com a observação da simetria de informações aos contratantes o que afasta eventuais dúvidas ou distúrbios sobre o negócio jurídico entabulado, máxime com relação aos seus efeitos, alcance e exequibilidade. (BRANDELLI, 2007).

A intervenção do tabelião assevera aos contratantes que o pacto celebrado está albergado de forma escorreita no ordenamento jurídico, desestimulando desavenças e ou discórdias interpretativas do negócio. As partes contratantes sentem-se responsáveis ao cumprimento voluntário e espontâneo das convenções documentadas pelo notário por meio do instrumento público, assim, a intervenção notarial é um excelente dínamo de estímulo para a concretização ordinária do direito.

O Notário, no exercício de sua função, é acionado frequentemente para intervir e auxiliar a promover a conciliação de interesses e mediação de disputas, exercendo uma verdadeira magistratura da paz social (DIP, 2018). O Notário é chamado pelos contratantes para intervir com sua atuação técnica e imparcial, para prestar as informações e esclarecimentos sobre os reflexos jurídicos do negócio a ser concretizado, e com isso empodera e aproxima os envolvidos para uma autocomposição acerca das divergências, atuando assim na prevenção e gestão de conflitos.

O Notário atua como agente profilático na prevenção de conflitos, e com a sua expertise ao apontar, com imparcialidade e objetividade, as consequências e os benefícios envolvidos, empodera os contratantes possibilitando uma autocomposição, tanto nos aspectos econômicos e jurídicos, bem como nos aspectos físicos e psicológicos dos envolvidos na transação. (LOUREIRO, 2017)

Hodiernamente, o Notariado vem ganhando destaque no papel de promoção de acesso aos direitos, especialmente os fundamentais, dos cidadãos, sendo a cada dia atribuído a função notarial novos papéis para atuar na qualidade de agente estatal para

promover ou proteger direitos e garantias, visando desafogar o judiciário (SARDINHA, 2017). Nesta esteira pode-se citar as atribuições delegadas aos Tabeliães decorrentes da Lei Federal 11441/07 que faculta aos interessados a utilização do Tabelião de Notas para a realização de Divórcio, Separação e de Inventário e Partilhas (Ferreira, 2007).

Na realização de atos notariais que envolva a realização de Divórcios, Separação e Inventários e Partilha de bens o Tabelião concretiza um dos principais direitos fundamentais, que é a prestação estatal de jurisdição de maneira célere e eficiente, dando cumprimento ao disposto no artigo inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Essa atuação notarial contempla ainda a observação do disposto no inciso LIV da Carta Cidadã, que dispõe que ninguém será privado dos seus bens sem do devido processo legal. Cita-se ainda a atuação do notário na concretização de outros direitos fundamentais, tais como o direito de propriedade, especialmente imobiliária, quando o sistema jurídico exige o instrumento público notarial para a aquisição e disposição do direito de propriedade de imóvel.

Ao instrumentalizar o negócio jurídico de transmissão de propriedade imobiliária o notário, além de autorizar a realização do negócio, conferindo-lhe o atributo de legalidade, autenticidade e exequibilidade, também auxilia o poder público na fiscalização de arrecadação de impostos, exigindo, por imperativo legal, que os contratantes cumpram as obrigações tributárias inerentes ao negócio realizado. Assim tem-se que a função notarial é garante do direito de propriedade, direito fundamental previsto no inciso XXII do Artigo 5º da Carta Magna.

Os notários estão na vanguarda de promoção de acesso e concretização de direitos, atuando preventivamente na solução, composição e gestão de conflitos. A larga experiência da atividade notarial, que se vem acumulando desde os primórdios da organização social, habilitou os notários a serem exímios mestres na arte de aplicar o direito e fazer justiça (DIP, 2018). Desde os tempos imemoriais a atuação do Tabelião é voltada para atender as demandas sociais, atuando sempre como agente imparcial, com intuito de documentar, arquivar e preservar direitos, atribuindo a cada qual o seu respectivo título de direito (DIP, 2018).

Nessa seara é importante destacar que a atuação de um profissional do direito que desempenha uma atividade estatal com competência para instrumentalizar os contratos e conferindo legalidade, eficácia e certeza com fé pública do Tabelião e aclarar e delimitar os efeitos e consequências dos negócios jurídicos entabulados entre os contratantes, faz emergir a segurança jurídica que tem como última ratio a pacificação social.

Apresentada a relevância da função notarial para a prevenção e gestão de conflitos, no próximo item serão discorridos os fundamentos da origem da atividade notarial.

2.2 Origem da atividade notarial

Há evidências que o embrião da atividade notarial é anterior ao próprio Estado, segundo historiadores, trata-se de uma atividade pré-jurídica nascida no seio social, e não produto acadêmico legislativo. (BRANDELLI, 2007). No alvorecer da organização social e por força da necessidade crescente, o relacionamento social tornava-se cada dia mais exigente, especialmente nos assuntos relacionados a atividade de mercado, daí surge a necessidade, de interpostas pessoas, regular esse relacionamento em ascensão, recaindo esse terceiro, pela confiança que inspiravam, nos sacerdotes, que já curavam da memorização dos cânones do direito divino. O memorista foi assim o primeiro individuo a exercitar, de forma precária, atividade assemelhada a função notarial (MARTINS, 1979).

O documento oral, que se caracteriza pela memorização e pelo testemunho, vincula-se a prova primitiva. (MARTINS, 1979). O documento escrito, qualquer que seja o meio utilizado, liga-se, desde tempos imemoriais, a exigência de um redator, e que múltiplas gradações, que se consolidou na figura do notário (MARTINS, 1979).

Nos primórdios, em um mundo que a escrita era privilégio de poucos, a atividade notarial nasce meramente redatora com a finalidade de documentar e tornar perene o negócio jurídico realizado pelas partes, agregando com isso segurança a avença. (BRANDELLI, 2007; MARTINS, 1979). No antigo Egito, existia a figura dos escribas que desempenhavam a função de documentar os atos dos soberanos e de súditos (são os

antepassados mais remotos que se tem notícia que de certa forma exerciam atividade similar a atividade notarial).

A preparação dos escribas egípcios era especial e o cargo que exerciam era transferível por sucessão hereditária, eram privilegiados. Os documentos produzidos pelos escribas egípcios necessitavam de validação de uma hierarquia superior para produzir efeitos probatório (MARTINS, 1979; BRANDELLI, 2007). Os hebreus conheciam as figuras dos escribas da lei, escriba do povo, escriba do Rei e Escriba do Estado e como os escribas egípcios tinham formação diferenciada e especial e gozavam do prestígio do povo. Dentre eles era o escriba do povo o que mais se assemelhava ao notário, por redigir contratos vinculado a atividade privada (BRANDELLI, 2007).

Mendes (1963), cita a seguinte passagem bíblica como referência ao escriba hebraico, Livro de Esdras (Capítulo VII, versículo 6) "Esdras era um escriba especialista na lei de Moisés, dada por javé, o Deus de Israel."; e no versículo 11: "Texto da carta que o rei Artaxerxes entregou ao sacerdote escriba Esdras, especialista nos mandamentos de Javé e nos estatutos que ele deu para Israel."

Na Grécia existiam amanuenses e redatores de testamento e de atos negociais, todavia é difícil identificar ali, por falta de fontes fidedignas, atividade notarial autêntica. Geralmente dá-se como atividade aproximada da magistratura exercida pelos encarregados dos registros e dos contratos entre particulares. Esses funcionários eram designados hieronemos (conservadores dos arquivos sagrados), epistates (presidentes), nemons (arquivistas) e outras denominações. O que mais se assemelhava ao Tabelião é o Mnemons (grafia usada geralmente para referir a nemons) (MARTINS, 1979).

A estrutura social do povo Romano foi concebida na boa fé e na lei Natural. A palavra do cidadão romano era, no princípio, alicerçada de fé. A Expansão do império e as inter-relações entre múltiplos povos que constituíam o império, abalaram a boa fé e com isso a fé da palavra dada. Daí surge a necessidade de documentos escritos para dar força aos contratos e fazer valer a palavra dada. Assim surgiram os notarii, os argentarii, os tabularii e o tabelliones (BRANDELLI, 2007).

O notarii, tinham o hábito de escrever abreviadamente, cujo significado era conhecido pela praxe; os argentariis faziam anotações financeiras, elaboravam contratos e registrava o nome do devedor; os tabulariis exerciam dentre outros afazeres, a

arrecadação dos tributos, guarda de livros e registros hipotecários; destaca-se a figura dos tabelliones, que a pedido das partes lavravam contratos, testamentos e outros documentos. (BRANDELLI, 2007). A origem mais aceitável do notariado como ofício de fé pública erga omnes é Romana, que abrigou escribas e oficiais das mais variadas matizes, entre eles o notário, o tabulário e o tabelião (Martins, 1979). Foi no império Bizantino, que a função notarial foi elevada a condição de cargo público, por atos dos imperadores Arcádio e Honório, com a finalidade de conter abusos e extorsões (MACHADO, 1904).

Foi o Imperador Justiniano I (FLAVIUS PETRUS SABBATIUS JUSTINIANUS), imperador bizantino (527 a 565) e unificador do império romano cristão, que transformou a atividade notarial em profissão, de forma organizada e regular, estabelecendo os limites e os deveres, autorizando a existência de substituto, impondo ainda o sistema de protocolo e o deposito de documentos (MARTINS, 1979, BRANDELLI, 2007). O Imperador Justiniano, sabedor da relevância do ofício do Tabelião, fez com que esses se tornassem peritos em direito e proporcionou muitas inovações, como a intervenção nos inventários, subscrição de denúncias que objetivasse a interrupção da prescrição na ausência de magistrado no lugar, entre outras (MENDES, 1963).

Com a implantação do sistema feudal a atividade notarial foi perniciosamente afetada, caindo em desprestígio, face ao Poder concentrado nas mãos dos senhores feudais, que teriam que validar o ato notarial. Nessa fase histórica a atividade foi severamente afetada pela degeneração advinda da postura de serem nomeados para a atividade pessoas ignorantes e sem controle do número necessário e adequado. (BRANDELLI, 2007).

Passada a fase obscurantista, no século XIII, é criado na Universidade de Bolonha o curso de arte notarial, considerada a pedra angular do notariado do tipo latino. O alicerce para a origem Cientifica do Instituto Notarial foram as disposições da legislação Justiniana (que instituiu o protocolo notarial), conforme o disposto no Capítulo II da novela XLIV, do Corpus Juris Civilis,

> /...] que os notários não escrevam os documentos em papel em branco, senão no que a princípio tenha (o que se chama protocolo) o nome

> daquele que na oportunidade seja gloriosíssimo Conde de Nossas Sacras liberdades, a data em que se fez o documento e o que em tais folhas se escreve, e que não cortem o protocolo, senão que o deixem unidos" (MARTINS, 1979).

E ainda o imperador bizantino Leão VI, cognominado o Filósofo ou o Sábio, empresta maior força ao sentido institucional do notariado ao decretar que o notário deveria conhecer leis; avantajar-se sobre os demais na escrita manual, evitar perfia ou vida dissoluta; ser conspícuo por costumes, irrepreensível por prudência, judicioso, inteligente e hábil no falar, apto para raciocinar, a fim de que não seja facilmente levado "de cá pra lá" por escrituras de falsários e argumentos astutos. E que o notário tivesse em mãos os quarenta títulos do manual das leis, conhecesse os sessenta livros e houvesse aprendido todas as regras ensinadas para não cometer erros nas escrituras ou equivocar-se nas palavras (MARTINS, 1979).

Com fulcro nessas disposições é que na Universidade de Bolonha, no século XIII, foram estabelecidas as bases cientificas e institucionais do moderno notariado e desde então o notariado tem evoluído (MARTINS, 1979; BRANDELLI, 2007; DIP, 2018). Na França, houve confusão, por muito tempo, entre o direito de lavrar atos e de fazer justiça. Os contratos eram lavrados e expedidos pelos notários em nome do Juiz (MENDES, 1963). Coube a Luiz IX a separação do direito de praticar atos do de fazer justiça. Acabou por distinguir a jurisdição voluntária (direito de lavrar atos e contratos) da verdadeira jurisdição, o que foi difundido pelo reino com Felipe, o Belo, no ano 1302. (BRANDELLI, 2007).

A revolução Francesa de 1791, afetou o notariado de forma substancial, dando nova roupagem jurídica aos notários franceses. Posteriormente a lei de 25 Ventoso do ano XI, de 16 de março de 1803, estabeleceu nova configuração notarial, entretanto, assimilou parte da roupagem jurídica desenhada na revolução de 1791. (BRANDELLI, 2007). Na Espanha a Lei de Sete partidas (1256-1263), foi um marco para atividade notarial, sendo aplicada em todo o reino a partir de 1348, e faz menção aos princípios da lealdade, dignidade e busca da justiça e da verdade. Em 1862 foi promulgada e lei do Notariado Espanhola, contendo 48 artigos, ainda vigente (MARTINS, 1979; BRANDELLI, 2007).

A atividade notarial em Portugal foi reformada no reinado de Afonso III, tendo adotado o sistema romano, sucederam as ordenações Afonsinas (1447) as ordenações Manuelinas (1521) que foram sucedidas pelas ordenações Filipinas (1604), todas continhas normas referentes aos tabeliães. O notariado de Portugal foi influenciado pelos ensinamentos da Universidade de Bolonha, adotando o sistema notarial Romano (BRANDELLI, 2007; JARDIM, 2017). A carta de Pero Vaz de Caminha, narrando ao Rei de Portugal o descobrimento do Brasil, é tido como o primeiro ato Notarial do Brasil, ele integrava a Esquadra de Pedro Alvares Cabral, na condição de tabelião do Rei, quando do Descobrimento do Novo Mundo, narrou com preciosismo a nova descoberta e documentou a posse das novas terras ao Rei (BRANDELLI, 2007).

Durante o período Colonial, vigiam no Brasil as ordenações do Reino, que vigoraram até o início do século XX. O direito aplicado no Brasil era o mesmo aplicado em Portugal. A regulamentação do Notariado, no Brasil, era baseada na legislação Portuguesa. A lei de 11 de outubro de 1827, regulou o provimento dos ofícios de Justiça e de Fazenda, passando a ser outorgados a pessoas com idoneidade e apta a execução do serviço, extinguindo a outorga do título de propriedade da atividade (BRANDELLI, 2007).

Promulgada a República, o Estado Brasileiro, ficou silente acerca da prestação da atividade notarial, nesse interregno a atividade era executada com base na legislação vigente antes da promulgação da República. Essa Inércia foi rompida com a promulgação, em 16 de agosto de 1867, do Decreto Lei 2579, que concedeu ao Presidente da Câmara Civil do Tribunal Civil e Criminal a prerrogativa de rubricar livros e aplicar sanções e decidir sobre suspeições dos Tabeliães, pondo termo a discussão se os tabeliães estariam submetidos a Poder Judicial Federal ou Estadual (MACHADO, 1904).

Feito este movimento histórico e comparado, no tópico seguinte será abordado a atual conformação da atividade notarial tentando identificar sua natureza jurídica.

2.3 A natureza jurídica da atividade notarial

A compreensão sobre o conceito de serviço público não é de fácil definição, assim no conceito mais amplo tem se que o serviço público é toda atividade que ofereça uma utilidade ou comodidade material ou imaterial destinada a coletividade, realizada

direta ou indiretamente pelo Estado. E no sentido estrito, tem-se que é o desempenho da função administrativa do estado e prestação material pelo Estado (ZOCKUN, 2018).

Serviço público é uma atividade em que o poder público satisfaz uma demanda da vida coletiva (sociedade), a exemplo de fornecimento de água, energia elétrica, coleta de lixo, transporte coletivo. A atividade meio, como arrecadar impostos, manter serviço de arquivo, fazer asseio e vigilância das repartições, não deve ser considerada na acepção técnica como serviço público (MEDAUAR, 2008).

Ao se utilizar a expressão serviço público amplamente para abranger atividade material e jurídica do Estado, perde ela sua função, pois abarcará realidades diversas, distintas entre si, e coincidirá com o conceito de atividade estatal, sem, contudo, diferenciá-las conforme as características de cada uma e sua particularidade no regime jurídico. Haveria uma superposição do conceito de serviço público com atividade pública, sem considerar suas particularidades agregadas. Seria inútil, por abranger objetos dispares, classificar um conjunto homogêneo de princípios e normas (BANDEIRA DE MELLO, 2005).

O Estado é detentor em abstrato do monopólio do Serviço Público. A realização concreta do serviço público pode ser executada diretamente pelo Estado ou pode ser repassada a terceiros (BANDEIRA DE MELLO, 2005).

A função pública, atividade jurídica do Estado, e o serviço público, prestação material do Estado de coisa e comodidade, não devem ser confundidos. (BANDEIRA DE MELLO. O. A., 2007). As competências públicas devem ser classificadas e ter seus contornos positivados e edificados a partir do aspecto material, veiculados em normas de comportamento, derivando daí a definição da competência pública como um plexo de poderes a ser exercitado pelo agente habilitado nas hipóteses legalmente previstas (ZOCKUN, 2018).

A execução (desconcentrada) da atividade concreta do Estado poderá ocorrer, por entes, autorizados por lei, tais como delegatários, empresas públicas, autarquias, fundações públicas e sociedades de economia mista. A transferência da execução em concreto da atividade abstrata do Estado, pode ocorrer por meio de concessão, permissão, outorga ou delegação, com o consequente controle e regulação do Poder Público

Conforme previsão Constitucional, existem atividades públicas, que por determinação do Constituinte originário, apesar de estar no Campo de Competência material do Estado, não pode ser pelo Estado executada diretamente, ficando reservado ao Estado apenas e tão somente regular tais atividades.

A atividade Notarial alicerça-se em duas competências públicas (uma em in abstrato e outra in concreto), sendo a competência pública in abstrato indelegável, pois atribui essas atividades a competência exclusiva do Estado; A competência in concreto de desempenhar a atividade, deve ser obrigatoriamente transferida aos particulares, de acordo com o comando do artigo 236 da Carta Magna e do disposto na lei 8935/94 (ZUCKON, 2018).

A Constituição veda ao Estado, sendo o detentor da competência abstrata, de executar a atividade notarial diretamente, sendo compulsória a sua delegação para a execução do serviço ao particular, consoante o preceito contido no artigo 236 da Magna Carta.

O exercício da atividade notarial decorre de uma delegação do Poder Estatal, consoante o disposto no artigo 236 da Carta Magna. Essa transferência obrigatória de delegação do serviço Notarial trouxe como correspondente obrigação ao Estado a exigência do efetivo controle Estatal sobre a atividade, função, que conforme ditame Constitucional foi adjudicada ao Poder Judiciário. (CARVALHO FILHO, 2016)

O Constituinte, foi além, e exigiu ainda que a atividade Notarial não ficasse sem a devida atenção determinando expressamente que não poderia ficar vaga por período superior a seis meses. O Constituinte percebeu a real dimensão do caráter essencial da atividade notarial para a conformação de segurança jurídica que é um forte e real vetor de atração de investimentos necessários para possibilitar o desenvolvimento e ofertar oportunidades que visem minorar a desigualdade social.

Atento a essa realidade dinâmica das relações sociais, o constituinte originário optou por determinar que o exercício da atividade notarial fosse compulsoriamente delegado a particulares, selecionadas por meio de concurso público de provas e títulos, subtraindo-a do sistema burocrático estatal.

Delegação é o ato utilizado pelo Poder público para repassar a execução de atividade ou serviço estatal a particular, mediante regulamentação e controle do Poder

Público (MEIRELLES, 2005). Delegação é o ato pelo qual o Ente Estatal confere a alguém o exercício de atribuições que lhe cabia. A atividade notarial corresponde a uma atividade estatal e pública e o seu desempenho, por força do comando constitucional, deve ser executado por agente privado, pessoa física, selecionado por meio de concurso público, isso não lhe retira essa qualidade de serviço estatal, ao contrário confirma essa natureza (BANDEIRA DE MELLO, 2005)

Delegar é confiar o exercício de uma atribuição a outrem. O delegante é o detentor da competência material (Estado). Delegatário é a pessoa escolhida pelo delegante, por meio de concurso públicos de provas e títulos, para o exercício concreto de uma atividade estatal. A obrigatoriedade da Delegação compulsória da atividade Notarial a particulares não retira do Poder Estatal o controle da atividade e o Poder Judiciário foi o órgão estatal que ficou responsável de exercer o Poder de fiscalizar e controlar da atividade.

A atividade notarial estaria mais bem conceituada se na Constituição fosse designada como “ofícios” ou “serviços” pois desempenha uma atividade jurídica e não atividade material como ocorre com serviços públicos. “Do latim servitium (condição de escravo), exprime, gramaticalmente, o estado de que é servo, encontrando-se no dever de servir, ou de trabalhar para tanto. Extensivamente, porém, a expressão designa hoje o próprio trabalho a ser executado, ou que se executou, definindo a obra, o exercício do ofício, o expediente, o mister, a tarefa, a ocupação, ou a função.” (BANDEIRA DE MELLO, 2005)

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar ADIn. 3.151/MT, teve no expoente Ministro Carlos Ayres Britto, uma definição da atividade notarial e registral:

> Numa frase, então, serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente. Inscrevem-se, isto sim, entre as atividades tidas como função pública lato sensu, a exemplo das funções de legislação, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos que, nem por ser de exclusivo domínio estatal, passam a se confundir com serviço público (STF, 2006)

O Ministro foi além, e obtemperou que as atividades (Notarial e Registral) deixaram de figurar no rol de serviços próprios da União, e que foram listadas como competências dos Estados, ou dos Municípios. Compete ao Estado definir as atividades a serem consideradas serviços públicos, havendo previsão Constitucional de serviços Públicos, ex vi o contido no artigo 21, X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, §2º. (DI PIETRO, 2017).

O conceito de serviço público sob um ângulo restrito é uma atividade material do Estado, contrapondo a atividade de produção de atos jurídicos administrativos. (BANDEIRA DE MELLO, 2005). A atividade notarial por não ser destinada a prestação de uma atividade material, não deve ser considerada serviço público "stritu sensu¨, trata-se de atividade de prestação de serviço jurídico.

Sob o ângulo do conceito estrito de serviço público, por ser a atividade notarial uma atividade jurídica do Poder Público, não se encaixaria no conceito de serviço público (DIP, 2010). O enfoque a ser dado a determinado serviço, sem importar a utilização de um conceito amplo ou restrito de serviço público, é que responderá se a atividade é serviço público (ZOCKUN, 2018).

Serviço público deve ser realizado conforme o regime jurídico público, mas os benefícios deles decorrentes não necessariamente devem ser enquadrados no conceito de serviço público (FRANÇA, 2004) A Carta Cidadã expressamente vedou que a prestação da atividade notarial fosse executada diretamente pelo Ente Estatal. Trata-se de uma atividade jurídica, logo atividade meio para atingir o desiderato de segurança jurídica a ser ofertado a coletividade pelo Estado, não se vislumbrando, um serviço público no sentido estrito do termo.

Em sendo a atividade notarial de essência estatal, o seu desempenho sujeita-se a aplicação de alguns dos princípios de ordem e de natureza pública que norteiam a atividade estatal, isso não importa afirmar a submissão in totum da função notarial as normas regulamentadoras do serviço público, sendo a atividade desempenhada sob a égide de uma atividade privada, sendo uma atividade com faceta pública e privada (RIBEIRO, 2009). O Serviço público deve ser realizado conforme o regime jurídico público, mas os benefícios deles decorrentes não necessariamente devem ser enquadrados no conceito de serviço público (FRANÇA, 2004). Logo, se tem um exercício de atividade

jurídica (meio) (realizada por meio de uma função pública) de natureza não material, não se pode conceituar a atividade notarial como serviço público (estrito senso).

A atividade Notarial é constitucionalmente, tida como serviço estatal, sendo sua execução, por força de mandamento Constitucional, exercida por profissional recrutado em certame público de provas e títulos, e que exercerá a atividade em caráter privado com responsabilidade pessoal (podendo contar com colaboradores), enquadrando o notário, no campo do Direito Administrativo, como particular em colaboração com o Poder Público.

Tratou-se no presente tópico do delineamento jurídico da atividade notarial, no próximo tópico apresentar-se-á as balizas reguladoras da responsabilidade da atividade notarial, sob o enfoque do estatuto jurídico da atividade decorrente a Lei Federal 8935/1994.

2.4 Alguns princípios e responsabilidades orientadores da Atividade Notarial

A presente seção tem o objetivo de apresentar as diretrizes e limitações que devem ser observadas para a aplicação de responsabilidade aos agentes notariais em decorrência de atos atinentes e oriundos do exercício da prestação da atividade notarial

Neste contexto, destaca-se que a atividade notarial é desempenhada pelo notário - agente selecionado pelo Estado por meio de concurso público de provas e títulos - que atua de forma imparcial e sem interesse, com o objetivo de intervir nos atos e negócios jurídicos privados que as partes queiram ou devam dar forma pública, aconselhando e indicando o tratamento jurídico adequado e instrumentalizando com a fé pública que lhe é confiada os contratos, conferindo os atributos de legalidade, certeza e eficácia e promovendo a segurança jurídica.

O notário para o bom desempenho de sua função fica condicionado a observar e cumprir as limitações legais e regulamentares impostas e ainda observar princípios inerentes a função notarial para dar máxima eficácia ao título notarial. Destacam-se por relevante os seguintes princípios notariais.

1 - Princípio da juridicidade (legalidade). O documento instrumentalizado pelo notário reveste-se de uma qualidade especial que é o atributo da fé pública que assegura que o documento foi feito dentro das balizas do melhor direito e observadas as imposições

e restrições normativas, conferindo-lhe presunção de veracidade dos fatos e atos que ocorrem na presença do notário. O documento notarial é instrumentalizado com a observância da lei e de todo o ordenamento jurídico para bem e fielmente ser repositório da confiança pública do notário. E dever do notário exercitar a polícia jurídica dos atos obstando a prática de atos contra-legem ou que contenham disposições que ofendam normas cogentes de ordem públicas (RODRIGUES, 2014).

2 - Princípio de Cautelaridade. A função notarial deve se desenvolver com o fim de prevenir litígios e demandas futuras, buscar a realização voluntária do direito e acautelar futuras lides e processos judiciais. A atuação do notário, que é uma intervenção estatal, visa o cumprimento espontâneo e voluntário do direito evitando a constituição de lides, todavia, se lides surgem e em havendo a atuação qualificada do notário a resolução dar-se de modo menos oneroso e mais célere (BRANDELLI, 2007).

3 - Imparcialidade. O notário enquanto agente estatal que exerce uma função comunitária desempenha sua função com imparcialidade, mantendo-se equidistante das partes e de terceiros que de algum modo tenha interesse na transação, de forma a captar a real e livre manifestação das partes. O interesse do notário é que os instrumentos por elaborado que visam documentar uma convenção das partes revistam-se de autenticidade, legalidade, eficácia e segurança jurídica, por força do atributo da fé pública que lhe foi conferida pelo Estado. Diversos dispositivos da lei 8935/94 tratam de sustentar essa imparcialidade do notário, verbis gratia artigo 27 (que veda praticar de forma pessoal atos de interesse do próprio notário, cônjuge ou de parentes até terceiro grau), artigo 22 (que prevê a responsabilização do notário por danos provocados por si ou prepostos por atos próprios da serventia).

4 - Princípio da publicidade. A função notarial atende a um interesse da coletividade que é a afirmação da soberania do Direito, ao garantir a legalidade e a prova dotada de fé pública sobre os atos e fatos que são erigidos pelas relações privadas. Essa publicidade da afirmação do direito é exercitada pelo Estado e a todos beneficia por meio da atuação notarial ao prevenir litígios e conferir certeza jurídica aos atos instrumentalizados.

5 - Princípio da Rogação. A atividade notarial é disponibilizada a todos, mas a atuação do notário depende de solicitação do interessado. Provocado o notário não poderá deixar de agir em razão de ser função é estatal. A atuação notarial pode resultar em qualificação notarial negativa, devendo o notário apontar expressamente os motivos e entraves que obstam a realização do ato notarial. Não poderá atuar mesmo se provocado ser houver impedimento legal de sua atuação no caso concreto.

6 - Confidencialidade: O notário tem como dever profissional guardar sigilo de atos e fatos que venham a ter acesso no trato das negociações para a realização do ato notarial.

Apontados os princípios que regem a atividade notarial abordar-se-á na seção seguinte a responsabilidade advinda da atuação do notário no exercício da função notarial.

Os notários devem responder, como é regra em qualquer atividade, por eventuais falhas na prestação do serviço que lhe foi delegado pelo Estado, assim para caracterizar a responsabilidade do notário deve-se perquirir se o notário deve responder de forma objetiva, ou seja, sem indagação da existência nexo de causalidade, ou se a deve responder de forma subjetiva, ou seja, se para a responsabilização do notário, deve estar demonstrado o nexo de causalidade, baseado na culpa ou dolo, na atuação do notário

Havia dissenso acerca da natureza da responsabilidade da atividade notarial (BENICIO, 2005). Até o advento da Lei Federal 13286/201 que conferiu nova redação ao artigo 22 da lei 8935/94, havia discussão se a responsabilidade civil do Notário e do Registrador era de natureza subjetiva ou de natureza objetiva. O referido diploma legal acabou coma celeuma ao definir que a responsabilidade é de natureza subjetiva ao dispor que o ressarcimento por danos a terceiros fica condicionada a configuração da culpa ou atuação com dolo, quer na sua atuação direta ou de seus prepostos, tal qual colocado na legislação espelhada sequencialmente.

> Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizem, assegurado o direito de regresso (BRASIL, 1994).

A responsabilidade subjetiva do notário era estampada na lei 9492/97 que dispunha que a responsabilização do notário exigia a comprovação da atuação com culpa ou dolo, tal qual exposto no artigo 28 e 38 sequenciados.

> Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro. Parágrafo único. A responsabilidade civil independe da criminal pelos delitos que cometerem (BRASIL, 1997).
> Art. 38. —Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (BRASIL, 1997).

Havia equívoco interpretativo na aplicação do comando do artigo 37, §6º da Constituição Federal, eis que a atividade notarial e de registro, consoante comando do artigo 236, §1º da Constituição Federal, terá a responsabilidade definida em lei Federal. A inaplicabilidade do comando do artigo 37 a atividade era explicito no artigo 236 da própria Constituição que expressamente previu a regulamentação da responsabilidade da atividade dar-se-ia com lei infraconstitucional.

O Comando do artigo 37, §6º trata da responsabilidade de pessoas jurídicas de direito público ou de pessoas jurídicas públicas ou privadas que prestem serviços públicos. É remansoso o entendimento que a atividade notarial é delegada pelo ente estatal a pessoa física, exigindo a Constituição que o ingresso na atividade ocorra por meio de concurso público de provas e títulos, assunto já superado na Jurisprudência dos Tribunais Superiores. A serventia (local onde o notário exerce seu mister) é desprovida de personalidade jurídica, inexistindo, portanto, capacidade processual.

Há discussão acerca da aplicabilidade das Normas Consumerista a atividade Notarial e Registral. A discussão tem como pano de fundo as disposições contidas no artigo 3º da lei 8078/90, que contêm conceito amplo de fornecedor, produtos e serviços. A função Notarial é uma atividade estatal (conceito amplo) que tem por escopo documentar os fatos, atos e negócios jurídicos e convenções que os interessados queiram ou devam dar forma pública, instrumentalizar os respectivos negócios e acordos

conferindo o timbre da legalidade, certeza e segurança jurídica cobrindo o instrumento com o manto da fé-pública.

A atividade notarial não detém natureza econômica com a finalidade de lucro e, portanto, não se enquadra no conceito de mercado de consumo. A remuneração da atividade notarial desempenhada pelo notário é feita mediante taxa como contraprestação da prestação do serviço realizadas pelos delegados, que foram investidos pelo Estado para exercer a Atividade.

Há entendimento no sentido de defender a aplicação de determinados comandos do Código Consumerista a atividade notarial e registral, sob o argumento que a forma como ocorre a remuneração do serviço, se por taxa ou tarifa, não é a determinante para afastar a incidência do aludido microssistema, alicerçando o entendimento no disposto no artigo 22 da Lei 8078/90, que dispõe que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes seguros e, quanto mais essencial, continuo. (BENECIO, 2005). É incontroverso a inaplicabilidade a atividade notarial e registral prevista no artigo 236 da Constituição do regime administrativo de concessão e permissão tratada no artigo 175 da Constituição Federal.

A discussão sobre o tema restou superada na Jurisprudência com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 625.144/SP, que reconheceu a inaplicabilidade do Código Consumerista a atividade Notarial e Registral. Com a edição da Lei 11.882/2008, foi prevista a possibilidade de imposição das penalidades prevista no artigo 56 do Código Consumerista, além das penalidades previstas na lei 6015/73 e 8935/94, as Notários e Registradores que descumpram o previsto no artigo 6º do citado diploma legal. Trata-se a nosso sentir de um reforço da interpretação da inaplicabilidade do Código Consumerista a Atividade Notarial e Registral, uma vez que a norma traz regra específica para a imputação das regras do Código Consumerista a Atividade Notarial e Registral, isso porque, consoante expressa disposição Constitucional a fiscalização da atividade Notarial e Registro foi atribuído ao Poder Judiciário, e a Leis 6015/73, 8935/94 e 9492/97 tratam da responsabilidade cível e criminal dos agentes delegados que exercem a atividade Notarial e Registral, portanto, existindo legislação específica sobre o tema de responsabilidade do Notário e Registrador,

há de ser afastada a incidência de Normas Genéricas de responsabilidade no tocante aos notários e registradores.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta análise sobre a atividade notarial e suas diversas implicações jurídicas, é possível perceber a complexidade e a riqueza que permeiam esse ofício. A atividade notarial, longe de ser um mero instrumento burocrático, se configura como uma verdadeira ferramenta de pacificação, segurança e autenticidade nas relações jurídicas contemporâneas.

A relevância do notariado se demonstrou incontestável, sobretudo ao considerar sua capacidade de prevenir litígios e sua importância na garantia de autenticidade em um mundo cada vez mais digitalizado. A origem histórica do notariado, por sua vez, ofereceu uma perspectiva ampla sobre a evolução da atividade, revelando como ela se adaptou e se transformou para atender às necessidades e desafios de diferentes épocas.

No debate sobre a natureza jurídica da atividade notarial, evidenciou-se a multiplicidade de interpretações, cada qual com suas nuances e implicações práticas. Ainda que não haja consenso absoluto, a reflexão sobre este tema é fundamental para delinear as responsabilidades, direitos e deveres inerentes ao ofício.

Os princípios e responsabilidades que norteiam a atividade notarial, por fim, mostraram-se como pilares essenciais, garantindo a confiabilidade e legitimidade desta função. Tais princípios não apenas asseguram a retidão da atuação notarial, como também reforçam sua importância no tecido jurídico, atestando sua indispensabilidade.

Em síntese, a atividade notarial não é apenas um reflexo da história e da evolução jurídica, mas também um pilar fundamental na construção e manutenção da segurança jurídica na contemporaneidade. Ao desvendar seus aspectos, origens e princípios, espera-se que este trabalho tenha contribuído para uma compreensão mais profunda e crítica sobre o notariado e suas implicações no vasto universo do Direito.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial. 2*. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 13.286, de 10 de maio de 2016. Dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, alterando o art. 22 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 de maio de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13286.htm. Acesso em: Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 nov. 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 nov. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.514%2C%20DE%2020,im%C3%B3vel%20e%20d%C3%A1%20outras%20providências. Acesso em: Acesso em: 19 out. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 30. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIP, Ricardo. História e evolução do Direito Notarial. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2012.

DIP, Ricardo. O notariado e a promoção de acesso aos direitos. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2018.

DIP, Ricardo. A Natureza e os Limites das Normas Judiciárias do Serviço Extrajudicial. São Paulo: Quartier Latin, 2013

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Reflexões sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 238: 345-362. Out./dez. 2004.

JARDIM, Mônica. Escritos de Direito Notarial e Direito Registral. Coimbra, Editora Almedina, 2017.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: Teoria e Prática. 8.ed. Rev. Atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

MACHADO, Joaquim de Oliveira. *Novíssima Guia Prática dos Tabelliães ou o Notariado no Brazil e a necessidade de sua reforma*. 2. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, Livreiro- Editor, 1904

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A competência para criação e Extinção de Serviços Notariais e de Registro e para Delegação para Provimento desses Serviços*. Revista de Direito Imobiliário n. 47, ano 22 jul./dez. 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 19. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 19. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo.* 1. v.3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo.* 1. v.3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. REgulação da Função Pública Notarial e de Registro. São Paulo, Saravia, 2009.

SANTOS, Taiane Wachholz dos. Atos extrajudiciais: tabelionato de notas e registro de imóveis. 2019.

SARDINHA, Cristiano de Lima Vaz. Acesso à Justiça: a contribuição das Serventias Extrajudiciais para a sociedade contemporânea, como alternativa ao Poder Judiciáro. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Maranhão, 2017.

DA POSSIBILIDADE DE LAVRATURA DA ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO E INVENTÁRIO COM A EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO OU FILHOS MENORES OU INCAPAZES

FUJIIKE, Lucas Shigueru[1]
GENTIL, Plínio Antônio Britto[2]

RESUMO

O presente trabalho demonstrará a importância da atividade notarial e registral como forma de desafogar o Poder Judiciário, analisando detidamente todas as situações em que, no divórcio e inventário, apresentam-se como imprescindíveis à sua intervenção e aquelas que, todavia, devem ser atribuídas ao extrajudicial. Ademais, o presente artigo também será organizado e iniciado com a conceituação dos institutos, especialmente os requisitos legais aplicáveis. Na sequência, serão explorados os problemas concernentes à obrigatoriedade de intervenção judicial nos divórcios ou inventários com testamento ou filhos menores ou incapazes, assim como serão apresentados os principais pontos de vista da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto. Como metodologia utilizada serão analisadas as diversas bibliografias sobre o assunto, especialmente aquelas que tratam da desjudicialização focada na atividade notarial e registral. Não menos importante e a título de analogia, serão consultadas as Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, pioneiro no assunto. Ademais, não se descurará da importância desempenhada pela jurisprudência brasileira através de seus Tribunais e, dentre eles, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela pacificação das principais questões infraconstitucionais. Ao final, serão igualmente estabelecidos, indene de dúvidas, os requisitos mínimos que devem estar presentes para a confecção do ato no âmbito extrajudicial, de forma que o processo judicial passe a ser visto como exceção e não a regra do sistema legal vigente, criando-se a consciência nos operadores do direito de que a desjudicialização é a nova tendência.

Palavras-chaves: Desjudicialização. Divórcio. Inventário. Escritura Pública. Extrajudicial.

Agradecimentos e Instituição(ões) Financiadora(s): Uniara.

[1] Mestrando em Direito. Universidade de Araraquara. lucasfujiike@hotmail.com.
[2] Doutor em Direito. Universidade de Araraquara. pabgentil@apmp.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A atividade notarial e registral é de suma importância para sociedade hodierna, sendo especialmente destinada a assegurar a segurança, publicidade, autenticidade e eficácia dos atos jurídicos. É exercida por profissionais do Direito, denominados delegatários do serviço extrajudicial, também conhecidos como oficiais, tabeliães, notários e registradores.

No entanto, não se confunde com as demais categorias de agentes públicos, isto é, não são servidores públicos, tampouco estão situados no âmbito dos particulares. Pode-se dizer, assim, que compõem uma categoria especial, *sui generis*, eis que conquanto a atividade seja exercida em caráter particular (delegada constitucionalmente aos particulares em regime privado), a natureza do próprio serviço em si é pública.

São diversas as funções e atribuições acometidas aos notários e registradores e, dentre elas, destacam-se as funções de assessoramento e mediação. É dizer, entra em cena a atuação preventiva do Delegatário extrajudicial como forma de gerir os potenciais conflitos e, primordialmente, evitar que as questões aventadas pelas partes interessadas acabem desaguando no Poder Judiciário, já abarrotado de processos infindáveis.

Isto é, o crescente surgimento dos conflitos agravou a já existente crise do Poder Judiciário, incapaz de ofertar qualquer solução de forma célere e eficaz, o que demandou a criação de novas formas de desjudicializar grande parte das questões e atribui-las ao extrajudicial, que pode oferecer uma resposta igualmente idônea e em tempo consideravelmente menor.

A atividade extrajudicial, assim, possui diversos mecanismos existentes que podem contribuir para a desaceleração do número de processos propostos, como ocorre com o inventário e o divórcio nas serventias notariais. Em ambos, os fins perseguidos, consubstanciados na correta partilha do acervo (inventário) e do fim da sociedade e do vínculo conjugal (divórcio), são entregues em pouco tempo e sem qualquer intervenção do Judiciário. Deve-se reconhecer, desta forma, o caráter residual do processo judicial, somente se justificando quando todas as demais alternativas forem insuficientes à resolução do litígio.

As inovações legislativas, por sua vez, devem igualmente contribuir para a pacificação social, ampliando as hipóteses em que a atividade extrajudicial deva ser prestigiada, especialmente na ausência de qualquer litígio. Todavia, não se desconhecem outras hipóteses em que, por exigência legal, o magistrado é instado a se manifestar quando inexistente qualquer litígio entre as partes, a exemplo do que ocorre no divórcio e no inventário com testamento ou com filhos menores ou incapazes. É dizer, tal exigência, além de problematizar ainda mais a situação do Poder Judiciário, constitui desprestígio à atividade notarial, que poderia resolver adequadamente a questão submetida.

Sabe-se que o testamento pode sim ser causa de diversas controvérsias entre os herdeiros, submetidas ao Judiciário em processos que tramitam por muitos anos. A litigiosidade eventual, no entanto, não pode conduzir à criação de uma regra no sentido de que, havendo testamento, por exemplo, o inventário deva ser submetido ao crivo do Judiciário. O mesmo se diga em relação ao divórcio com filhos menores ou incapazes.

Segundo as Estatísticas do Registro Civil de 2020 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, foram registrados 249.874 divórcios realizados no âmbito do Poder Judiciário, em contraposição aos 81.311 confeccionados nos tabelionatos de notas brasileiros, demonstrando que, conquanto a tendência seja a desjudicialização da questão, ainda assim persiste uma grande quantidade de processos judiciais cuidando de situações que poderiam ser solucionadas extrajudicialmente.

Surge, então, um problema de ordem prática: estando todas partes concordes quanto às disposições do inventário e do divórcio, mas existindo testamento e/ou filhos menores ou incapazes, como conciliar a possibilidade da prática do ato no âmbito extrajudicial sem violar qualquer disposição legal ou normativa?

O presente trabalho demonstrará a importância da atividade do tabelião de notas como forma de prestigiar o fenômeno da desjudicialização, aprofundando-se detidamente nas situações em que, inevitavelmente, a intervenção do Poder Judiciário seja inafastável por disposição legal ou normativa, culminando com a apresentação da solução via alteração normativa, legislativa e, até mesmo, por intermédio das técnicas de interpretação do direito.

Buscará igualmente estabelecer os requisitos mínimos que devam estar presentes na lavratura da escritura pública de divórcio e inventário no âmbito extrajudicial, de forma que o processo judicial passe a ser visto como exceção e não a regra do sistema legal vigente, criando-se a consciência nos operadores do direito de que os números acima citados devem ser invertidos.

Diante de todas as premissas devidamente esclarecidas e indicadas, espera-se facilitar a prática dos atos pelos notários brasileiros, que poderão atuar sem qualquer receio de represálias ou penalidades disciplinares, pois estarão lastreados na boa-fé e, também, no sólido entendimento de que o extrajudicial não é mais uma conveniência, mas sim uma necessidade dos tempos modernos.

O Poder Judiciário deve permanecer unicamente com as causas em que o litígio se mostre patente e, ainda assim, não haja qualquer possibilidade de composição através dos meios alternativos de resolução dos conflitos, evitando que as partes fiquem com sua situação jurídica indefinida e sem qualquer previsão de conclusão.

Assim, o presente trabalho identificará e analisará alguns dos principais casos existentes no mundo jurídico em que a intervenção judicial deveria ser facultativa (pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição), e não como via de mão única a ser utilizada pelas partes envolvidas.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: O DIVÓRCIO E O INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE DESJUDICIALIZAÇÃO

Os notários e registradores atuam na prevenção dos litígios e, como agentes delegados do Estado, exercem a fé pública que lhe é atribuída em dois aspectos: no primeiro, atua na esfera dos fatos com o intuito de gerar presunção de veracidade dos atos praticados e, por via de consequência, de seu valor probatório; no segundo, incide sobre o próprio Direito em si, conferindo autenticidade e legitimidade aos atos e negócios confeccionados ou levados à publicidade registral (Loureiro, 2017).

São diversas as funções e atribuições acometidas aos notários e registradores e, dentre elas, destacam-se as funções de assessoramento e mediação. Pode-se afirmar que o notário não só aconselha, mas também aproxima as partes que compareceram e solicitaram sua intervenção

nos atos e negócios jurídicos. Os registradores, por sua vez, também exercer a função de orientação com a finalidade de aceder à publicidade registral os fatos ou títulos confeccionados, sem olvidar da importante função de mediação existente em algumas especialidades, como ocorre com os registradores de imóveis no âmbito da retificação de registro e regularização fundiária (Loureiro, 2017).

No âmbito do divórcio e do inventário extrajudicial, sobressai-se a função notarial na prática da escritura pública como substituta do processo judicial, permitindo que os herdeiros e os divorciando possam usufruir dos bens transmitidos em tempo consideravelmente menor se comparado ao Judiciário.

Especificamente quanto ao inventário, sabe-se que a morte é inevitável e uma realidade insofismável do ser humano, isto é, não se sabe ao certo quais cursos a vida irá tomar, mas uma coisa é certa: ninguém dela escapará. Seja com ou sem bens, a morte, um fato natural que é, produz efeitos jurídicos relevantes. Um deles é o dever de realizar o inventário, tido pela legislação como obrigatório e, caso não confeccionado, sujeito às multas legais, como ocorre no Estado de São Paulo através da Lei Estadual nº 10.705/2000, artigo 21, inciso I, que prevê multa de 10% (dez por cento) sobre o valor devido a título de imposto de transmissão *causa mortis* se ultrapassado o prazo de 60 (sessenta) dias da abertura da sucessão e, transcorridos 180 (cento e oitenta) dias da mesma abertura, a multa passa a ser de 20% (vinte por cento).

O divórcio, por sua vez, tem como importante marco a Lei nº 6.515/77, que o previu expressamente como causa legal de extinção do casamento, seguida das alterações promovidas pelo então Código Civil de 2002. Até então, o divórcio em si não era legalmente admitido, apenas o desquite entre os cônjuges, que nada mais era senão a separação de fato com a partilha de bens. Posteriormente com a vigência da mencionada Lei, exigia-se dos divorciandos, no mínimo, 01 (um) ano de separação judicial ou 02 (dois) anos de separação de fato para, somente então, proceder ao divórcio dos cônjuges, inexistindo o chamado divórcio direto.

Somente com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que alterou a redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, o divórcio pôde ser realizado sem qualquer lapso temporal prévio de separação, inclusive sem necessidade de qualquer alegação ou justificação, constituindo direito potestativo das partes nubentes. Doravante, todos os divórcios realizados, inclusive na via extrajudicial, não mais dependem de qualquer lapso temporal ou prazo reflexivo. Vale a pena registrar, apenas a título de esclarecimento, que a eliminação do tempo

mínimo de separação não implica necessariamente dizer que o instituto da separação judicial ou extrajudicial foi extinto do ordenamento jurídico, aplicando-se a ele os mesmos requisitos do divórcio extrajudicial.

Com efeito, o inventário e o divórcio, desde os primórdios do instituto, deveriam necessariamente passar pelo crivo judicial, ainda que inexistisse qualquer forma de conflito entre as partes interessadas. Mencione-se, a título exemplificativo, o artigo 1.773 do Código Civil de 1916 que, embora permitisse o acordo das partes sobre as disposições da partilha, determinou que esse mesmo acordo ocorresse dentro do processo judicial de inventário (Oliveira, 2021).

Sobreveio mais recentemente, com o intuito de tornar mais ágil o procedimento e desafogar o Poder Judiciário, o divórcio e o inventário administrativo da Lei Federal nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que alterou a redação de diversos dispositivos do antigo Código de Processo Civil, autorizando o inventário extrajudicial desde que inexistente testamento ou filhos menores ou incapazes (Pedroso, 2020).

A intenção originária do Projeto de Lei (convertido na Lei nº 11.441/2007), iniciado no Senado Federal, era dispensar a homologação judicial do inventário na hipótese de existir apenas um bem a ser partilhado, sem adentrar no mérito do divórcio ou separação judicial. Na Câmara de Deputados foi constatado que o projeto assim redigido teria um baixo impacto na prática e que a melhor solução seria incluir o divórcio e a separação judicial, desde que inexistentes filhos menores ou incapazes, o que acabou sendo aprovado pelo Congresso Nacional da redação final (D'avila, 2016).

A citada Lei Federal, regulamentada pela Resolução nº 35 de 2007 do Conselho Nacional de Justiça, é citada como "Marco Histórico" da Desjudicialização pelos profissionais de Direito, especialmente em sede doutrinária e eventos institucionais promovidos pelo Poder Judiciário (Peres, 2018).

Diferentemente do que ocorre com os processos de divórcio e, em dados casos, no inventário, cujo tramitar se dá por segredo de justiça, limitando-se o acesso aos autos às partes e seus procuradores, as escrituras públicas não são sigilosas e não observam qualquer critério territorial, especialmente com o intuito de assegurar a publicidade e transparência inerente aos serviços notariais. Isso implica dizer que qualquer interessado, sem externar o motivo, pode solicitar uma certidão do ato praticado, independentemente da vontade das partes intervenientes

(Oliveira, 2021), embora haja contundentes críticas da doutrina no sentido de não existir diferenciação entre divórcio judicial ou extrajudicial, devendo prevalecer o sigilo em ambos (Rosa, 2018).

Atualmente, o divórcio extrajudicial possui previsão legal no artigo 733 do Código de Processo Civil nos seguintes termos:

> Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731 .
> § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.
> § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Igualmente, o inventário extrajudicial foi tipificado nos seguintes termos da legislação processual civil:

> Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.
> § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.
> § 2 º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Infere-se, de imediato, que a lei veda sem exceções a lavratura da escritura pública de divórcio e inventário na hipótese de existir testamento, filhos menores ou incapazes, independentemente do conteúdo das disposições testamentárias ou do prévio consenso entre os herdeiros ou divorciandos. No entanto, conforme será sustentado alhures, não se vê qualquer razão lógica ou jurídica para que, nesses casos em que exista testamento, filhos menores ou incapazes, as partes devam necessariamente procurar o Poder Judiciário como única forma de viabilizar a atuação no âmbito extrajudicial.

A atividade extrajudicial não pode ser resumida ao simples desafogamento do Poder Judiciário, embora possa exercer essa função na prática. Vai além, pois pode ser tida como uma via colocada à disposição da parte com o intuito de propiciar um mais amplo acesso à Justiça, atendendo de forma célere e eficaz aos anseios da população (Aguiar, 2020). É dizer, o espírito da lei não foi apenas resolver um problema numérico de processos, como também facilitar a

vida dos cidadãos, que agora irão dispor de um mecanismo muito mais ágil e prático (Silva, 2019).

Por outro lado, não se pretende desjudicializar a questão a todo custo ou, de qualquer forma, tolher a parte do acesso à jurisdição. Vale dizer, a realização da via extrajudicial é facultativa, apenas uma das possibilidades postas pelo ordenamento jurídico à disposição do interessado, como bem preceitua o artigo 2º da Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, inexistindo prejuízo ou vulneração ao postulado da inafastabilidade da jurisdição (Frontini, 2018).

Entretanto, por questões didáticas, os institutos serão analisados individualmente com o estabelecimento de seus requisitos básicos, incursão em doutrina, jurisprudência e propostas normativas, passando-se, na sequência, à análise da possibilidade da desjudicialização e da lavratura da escritura pública de divórcio e inventário, ainda que exista testamento, filhos menores ou incapazes, presentes sempre o pleno consenso sobre todas as disposições que constarão do ato notarial.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES: DO DIVÓRCIO E DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL COM A EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO, FILHOS MENORES OU INCAPAZES

Da mesma forma em que não se pode, genericamente, permitir que a simples existência de um desses impeditivos conduzam a parte necessariamente ao Judiciário, não se tem a pretensão de autorizar, irrestritamente e sem qualquer condicionante, a lavratura de inventários no âmbito extrajudicial sem qualquer análise jurídica sobre sua viabilidade.

É dizer, cabe aos juristas analisar, perscrutar, identificar e delimitar, no caso concreto, as balizas jurídicas razoáveis e proporcionais que autorizarão a realização do ato na via extrajudicial sem qualquer intervenção do magistrado. Isso porque o inventário administrativo não será realizado à margem da lei, por pessoas despreparadas e sem qualquer segurança jurídica.

Ao revés, o inventário é realizado pelo Tabelião de Notas, profissional do direito dotado de fé pública, conhecedor do Direito e pessoa extremamente capaz para avaliar todas as circunstâncias do caso. Não obstante, as partes estarão assistidas ainda por outro profissional igualmente qualificado: o Advogado Assistente, que não só assinará o ato (com dispensa da

procuração), mas também irá conferir, assessorar e intervir para o rigoroso cumprimento da lei, sendo imprescindível sua presença no ato (Filho, 2021). Ambos estão preparados e possuem notório conhecimento jurídico para identificarem hipóteses que justificam a intervenção do Judiciário e, da mesma forma, aquelas que não demandam qualquer dificuldade prática de solução.

Oportuna é a análise de recente decisão proferida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.951.456, proveniente do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 24 de agosto de 2022, que apreciou a questão da lavratura do inventário extrajudicial com a existência de testamento e estabeleceu as seguintes premissas: a) Todos os herdeiros eram maiores, capazes e concordes com a disposição testamentária, inexistindo qualquer conflito passível de apreciação judicial; b) A Lei 11.441/2007 definiu como premissa inviabilizadora do inventário extrajudicial a própria litigiosidade, circunstância fática que não se encontrava presente; c) As legislações mais recentes privilegiam a autonomia da vontade, as medidas de desjudicialização e outros meios adequados de solução de controvérsias. Assim, utilizando-se da interpretação sistemática e teleológica, concluiu-se ser perfeitamente possível o inventário na via extrajudicial, ainda que existente testamento.

A doutrina, como bem lembrado pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, não destoa desse entendimento, pois são diversas as situações em que o testamento, por exemplo, não contém qualquer disposição litigiosa, como a nomeação de inventariante ou outra questão de aspecto não patrimonial. Não se justificaria então a obrigatoriedade de proceder ao inventário no âmbito judicial, podendo ser lavrada a escritura pública como forma de dar efetividade ao comando previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, isto é, ao direito fundamental de acesso à justiça como solução justa (sem que essa solução decorra de uma imposição).

No mesmo sentido, não se pode dizer que a mera existência de declaração de última vontade justifica a vedação ao uso da via extrajudicial. Isso porque se posteriormente se fará a homologação judicial do testamento, mostra-se injustificável a vedação da via administrativa, tendo em vista que já se reconheceu a plena validade do ato de última vontade (Farias, 2015).

Embora restringindo o inventário à prévia homologação do testamento, o enunciado nº 600 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal assim dispôs que "Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com

os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial".

Como justificativa, o aludido enunciado asseverou que a existência de testamento não serve de fundamento para impedir a realização do inventário no âmbito extrajudicial, justamente por não haver, na grande maioria dos casos, disposições que gerem conflitos entre herdeiros e beneficiários das disposições de última vontade, e nem por isso o procedimento terá sua higidez e legalidade afetada. Salientou ao final que a Justiça paulista, por intermédio da Corregedoria Geral e Permanente, tem se manifestado favoravelmente à prática como forma de desafogar os magistrados, impedindo-os de atuarem em questões que nada têm a decidir, senão homologar pura e simplesmente o que as partes já previamente acordaram entre si. Reafirmando o entendimento ora trabalhado, pode-se mencionar o Enunciado nº 16 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, que assim estipula: "Mesmo quando houver testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial".

No âmbito das serventias notariais do Estado de São Paulo, a Egrégia Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça regulamentou a matéria, autorizando a lavratura da escritura desde que tenha havido prévia autorização do juízo sucessório (Processo nº 2016/52695, Parecer nº 133/2016-E), revendo anterior posicionamento que negava a prática do ato (Processo nº 133/2016-E). A autorização decorreu de proposta feita pelos respeitáveis juízos das Varas de Família e Sucessões do Foro Central da Capital/SP, com base na inteligência do artigo 610 do Código de Processo Civil.

A proposta de alteração foi acatada tendo com fulcro a exata compreensão da função do tabelião, utilizando-se a desjudicialização como forma de desonerar os interessados e o Judiciário, pois não haveria no testamento qualquer interesse juridicamente preponderante a ser tutelado. Interpretando-se as disposições dos artigos 735 a 737 do Código de Processo Civil, que cuidam do procedimento de cumprimento dos testamentos públicos e cerrados, percebe-se que jurisdição voluntária ali exercida não é propriamente jurisdição, mas sim atividade anômala atribuída a juízes e tribunais por força de tradição, ou seja, mera administração pública de interesses privados, já que sob o ponto de vista material a jurisdição voluntária é atividade administrativa, enquanto sob a ótica formal, orgânica ou subjetiva tem caráter judiciário (puramente formal, com finalidade preventiva e constitutiva de direitos).

O ato de abertura, registro, cumprimento e arquivamento do testamento possui natureza administrativa e, como tal, mostra-se passível de delegação ou transferência a outros órgãos que desempenham função de idêntica natureza, como ocorre com a atividade notarial exercida pelos tabeliães de notas. Entretanto, por opção legislativa, infere-se que a presença de testamento implica no início do procedimento no âmbito judicial, mas segundo entendimento da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, consubstanciado no Parecer acima citado (Parecer nº 133/2016-E), nada impede que o desenrolar, ou seja, as demais fases do procedimento se deem na via extrajudicial, pois o testamento já estará devidamente homologado pelo juízo.

Concluiu-se, ao final, que embora de fato se exija homologação do testamento para fins de validade e eficácia das disposições de última vontade, cabe ao interessado logo na sequência optar em permanecer com o procedimento na via judicial (mediante processo de inventário e partilha) ou solicitar ao juiz autorização para lavratura da escritura pública no âmbito da serventia extrajudicial, desde que na forma do §1º do art. 610 do Código de Processo Civil, todos forem maiores, capazes e concordes quanto à divisão do acervo hereditário.

Consequentemente, foram alteradas as disposições do Código de Normas das Serventias Extrajudiciais que, em seu Capítulo XVI, item 130, passou a constar:

> *130. Diante da expressa autorização do juízo sucessório competente, nos autos do procedimento de abertura e cumprimento de testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes, poderão ser feitos o inventário e a partilha por escritura pública, que constituirá título hábil para o registro imobiliário.*

Indo além da questão ora debatida, a Egrégia Corregedoria permitiu, inclusive, a realização de inventário sem prévia autorização do juízo sucessório, desde que o testamento tenha sido revogado, caduco ou declarado inválido por decisão com trânsito em julgado (Capítulo XVI, itens 130.1 e 130.2):

> 130.1. Poderão ser feitos o inventário e a partilha por escritura pública, também, nos casos de testamento revogado ou caduco, ou quando houver decisão judicial, com trânsito em julgado, declarando a invalidade do testamento, observadas a capacidade e a concordância dos herdeiros.
> 130.2. Nas hipóteses do subitem 130.1, o Tabelião de Notas solicitará, previamente, a certidão do testamento e, constatada a existência de disposição reconhecendo filho ou qualquer outra declaração irrevogável, a lavratura de escritura pública de inventário e partilha ficará vedada, e o inventário far-se-á judicialmente.

Ressalva-se, tão somente, a existência de disposições irrevogáveis, como é o caso do reconhecimento de filho, pois então haverá parte do testamento público com produção de efeitos, o que inevitavelmente demandará a atuação judicial para homologação. Mesmo que as partes reconheçam a filiação ou estejam de acordo quanto à invalidade ou revogação do testamento, por envolver questão de ordem pública que versa sobre direito indisponível, a intervenção judicial não poderá ser afastada.

Importante lembrar ainda a existência do Projeto de Lei nº 606/2022, de autoria do Deputado Federal Célio Silveira, alterando a redação do artigo 610 do Código de Processo Civil de forma a permitir, extrajudicialmente, a realização do inventário com testamento, assim redigido:

> Art. 2º O artigo 610 da Lei nº 13.105 de 2015 passa a vigorar com a seguinte alteração:
> "Art. 610.....
> .....
> § 2º No caso da existência de testamento, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras, desde que:
> I- o testamento tenha sido previamente registrado judicialmente ou haja expressa autorização do juízo competente,
> e; II- os interessados sejam capazes e concordes.

Constou da justificativa do aludido projeto de lei que o tema da sucessão hereditária tem se desenvolvido no Direito Brasileiro durante os anos e, mais especificamente, em 2007 com a edição da Lei nº 11.441, que possibilitou a realização de inventários e divórcios no âmbito extrajudicial nos cartórios de notas, desde que inexistente testamento, filhos menores ou incapazes, além de existir consensualidade entre os interessados. A partir desse marco temporal, o país testemunhou uma maior celeridade e efetividade no procedimento de sucessão, facilitando a vida do cidadão e desonerando grande parte dos processos judiciais, já que estes deixam de ser necessários em diversas outras hipóteses além daquelas legalmente previstas. Assim, o projeto tem por escopo gerar economia pública e franquear aos interessados, se assim desejarem, a possibilidade de realização da escritura pública de inventário, partilha e divórcio extrajudicialmente, ainda que existente testamento ou filhos menores ou incapazes, atendendo certos requisitos legais.

Ao final do relatório, conclui o Relator do projeto que a proposição avança e constitui mais um passo rumo à desburocratização e desjudicialização, sem deixar de lado a tutela dos

interesses fundamentais dos menores, incapazes e beneficiários do testamento, pois os empecilhos hoje existentes não mais constituirão óbice à lavratura do ato extrajudicial. Concilia-se, dessa forma, a extrajudicialização das questões e a proteção dos grupos mais vulneráveis.

Por outro lado, embora grande parte da doutrina defenda a realização do inventário extrajudicialmente após a homologação do testamento pelo juízo sucessório, defende-se a alteração legislativa ou normativa para permitir, sem qualquer intervenção judicial, a elaboração da escritura pública. Isso porque, na maioria esmagadora dos casos, existem apenas disposições de cunho patrimonial, perfeitamente disponíveis, que não demandam qualquer indagação para cumprimento do testamento, chegando a doutrina afirmar que como a ideia central da Lei nº 11.441/07 era de desburocratizar o procedimento, entende-se que a tendência é suprimir tal requisito pela ausência de prejuízo (Reis; Santos; 2019).

Cite-se, exemplificativamente, um caso em que o falecido tenha deixado dois bens imóveis de idêntico valor como patrimônio. Em testamento, deixou um desses imóveis em favor de um amigo de infância. Os herdeiros necessários, por sua vez, concordam e não se opõem ao cumprimento do testamento. Na confecção do inventário extrajudicial, bastaria indicar na escritura os herdeiros legítimos e o herdeiro testamentário, atribuindo-se a cada um os bens que lhes pertencem por expressa disposição legal, assinando ao final todas as partes que, ressalte-se, encontram-se em consenso. O inventário negativo, sem qualquer repercussão patrimonial, também é lembrado pela doutrina como um caso de ausência de qualquer litigiosidade (Frontini, 2018).

Na atual conjuntura legislativa, no entanto, antes deverão ingressar com uma ação judicial de abertura, registro e cumprimento de testamento, solicitar ao juiz a autorização para lavratura do inventário extrajudicial e, somente ao final, com o trânsito em julgado, dar início ao ato no âmbito notarial.

Entretanto, existindo, por exemplo, testamento com deserdação de herdeiro necessário, na forma do artigo 1.964 do Código Civil Brasileiro, a situação se inverte e a apreciação judicial se mostra inafastável, mormente pela litigiosidade inerente ao procedimento de deserdação, que demanda a prova da justa causa no prazo de quatro anos a contar da abertura do testamento (Artigo 1.965, parágrafo único, do Código Civil).

O mesmo se diga em relação à disposição testamentária que reconheça filiação, pois muito embora possa haver consenso sobre o ato de reconhecimento, trata-se de disposição irrevogável e de ordem pública, prevista no artigo 1.610 do Código Civil, de forma que a apreciação judicial se mostra imprescindível.

Prosseguindo, existindo interesse de menores ou incapazes o inventário, da mesma forma, teoricamente deverá ocorrer no âmbito judicial, eis que existem questões que devem ser apreciadas pelo Poder Judiciário (com fiscalização do Ministério Público), tais como a correta partilha dos bens e a preservação dos melhores interesses das crianças e adolescentes. Adota-se, todavia, o mesmo raciocínio em relação ao inventário com testamento: não haveria qualquer empecilho à sua delegação ao extrajudicial, pois além de contarem com participantes qualificados para a tutela dos interesses dos menores, poder-se-ia estipular hipóteses que não demandem qualquer indagação ou questão.

Mencione-se um caso em que falece o ascendente, com o estado civil de viúvo, deixando como herdeiros dois filhos maiores e um menor. Em sendo realizada a partilha e observada a fração de um terço para cada, não há qualquer prejuízo ao menor que justifique a propositura de ação judicial. Diferentemente, havendo cessões de qualquer espécie, partilha desigual, assunção de dívidas e quaisquer outras peculiaridades que saem do normal, mostra-se imperiosa a intervenção judicial.

Uma alternativa que evitaria a desnecessária judicialização é o encaminhamento da minuta da escritura de inventário ao Ministério Público para apreciação e, constatado o órgão ministerial a inexistência de prejuízo, autoriza-se a confecção do ato. Ao contrário, havendo qualquer espécie de impugnação, o procedimento então seria encaminhado para decisão do juiz (semelhante ao que ocorre no procedimento de habilitação de casamento).

Adentrando na seara do divórcio extrajudicial com a existência de filhos menores e incapazes, constata-se a mesma situação conflituosa: nesta hipótese, irremediavelmente o divórcio deverá ser realizado no âmbito judicial, ainda que inexista prejuízo ao menor ou incapaz, ou, até mesmo, qualquer bem a ser partilhado. Embora não se exija prova cabal da inexistência de filhos menores (o que pode ser feito mediante simples declaração), verifica-se que a falsa declaração para transpor o requisito legal pode configurar o crime de falsidade ideológica (Fonseca; Wald; 2023).

Pensando e inovando na temática, alguns Estados, para resolver a situação e por intermédio dos Tribunais de Justiça, especificamente das Corregedorias Gerais de Justiça, trouxeram a possibilidade de lavratura do divórcio extrajudicial, mesmo com a existência de filhos menores, desde que todas as questões referentes à guarda, alimentos e visitas esteja devidamente regulada em processo judicial. No Estado de São Paulo, por exemplo, a questão foi tratada no Provimento nº 58/1989, Capítulo XVI, Item 87.2, preceituando que, se "comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores (guarda, visitas e alimentos), o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de separação e divórcio consensuais".

Cuida-se de importante novidade normativa, no âmbito da desjudicialização, eis que nem todas as questões relacionadas ao divórcio necessitam ser resolvidas por intermédio do processo judicial, já que as partes, amigavelmente, estão mais bem capacitadas no sentido de encontrar a melhor solução para o caso. A demora decorrente do processo e a incerteza do pronunciamento judicial não agradam nenhum dos intervenientes.

E, com o intuito de aperfeiçoar e acelerar o instituto do divórcio, mostra-se pertinente adotar a mesma solução outrora apresentada ao inventário: existindo filhos menores ou incapazes, poder-se-ia encaminhar a minuta do divórcio ao Ministério Público para análise de eventual prejuízo e, inexistindo impugnação, autoriza-se a prática do ato no âmbito extrajudicial. Tal procedimento, como bem lembrado pela doutrina, ocorre em diversos outros procedimentos extrajudiciais, como nos processos de loteamento em alguns Estados da Federação (D'avila, 2016), assim como através do artigo 506 do Provimento nº 149 do Conselho Nacional de Justiça, que cuida da hipótese de reconhecimento de filiação socioafetiva extrajudicialmente.

O encaminhamento do caso ao Poder Judiciário somente seria necessário na hipótese de litígio superveniente ou impugnação do Ministério Público, a quem cabe, com primazia, tutelar os interesses dos menores e incapazes. Isto é, estando o órgão ministerial de acordo com a situação convencionada, poder-se-ia autorizar o divórcio extrajudicialmente. Como lembra a doutrina, tal providência já é permitida em outros países, como, por exemplo, em Portugal (Konrad, 2010).

Conclui-se, assim, que o legislador muitas vezes acaba criando, no âmbito das medidas de desafogamento do Poder Judiciário, a própria judicialização da questão, determinando que

em certas hipóteses não haverá outra solução senão o processo judicial. Porém, existindo testamento, mas sendo os herdeiros maiores, capazes e havendo consenso sobre as disposições testamentárias, permite-se que a escritura seja lavrada, desde que tenha havido prévia homologação judicial e autorização do juízo sucessório.

Com efeito, conforme sustentado alhures, defende-se até mesmo a lavratura do inventário sem qualquer homologação do testamento por parte do juízo, observando-se, todavia, além dos requisitos anteriormente mencionados, que não haja disposição irrevogável (reconhecimento de filho) ou qualquer outra que, por sua natureza, seja incompatível com a solução amigável (deserdação via testamento, por exemplo).

Em todo caso, não se tem a pretensão de tornar obrigatória a via extrajudicial (havendo consensualidade), hipótese muito bem defendida por parte minoritária doutrina (Patah, 2016), especialmente por afrontar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo sempre assegurado ao interessado o direito de provocar o Judiciário. Busca-se, ao contrário, expandir o conjunto de alternativas disponíveis, deixando-se livremente a opção ao cliente do serviço notarial.

Há quem defenda uma posição intermediária, permitindo a lavratura, por exemplo, de um divórcio com filhos menores ou incapazes desde que não haja qualquer disposição concernente aos direitos indisponíveis (guarda, visita e alimentos), dissolvendo-se apenas a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial (Borgarelli; Kumpel; 2015). Entretanto, resolveria apenas parte do problema, pois de qualquer forma os divorciandos ficariam com a situação dos filhos indefinida, devendo se socorrerem necessariamente do Poder Judiciário.

Dessa forma, diante do atual cenário jurídico e, principalmente, dos diversos pensamentos doutrinários que compartilham do entendimento de que, havendo ou não a prévia resolução das questões, ainda assim as partes devem submeter a questão ao crivo judicial (Oliveira, 2009), caberá ao Poder Legislativo editar leis que efetivamente conduzam à desjudiciliazação das questões que não demandem processo judicial, assim como ao Poder Judiciário, através de sua função regulamentar na seara notarial, interpretar as disposições legais e autorizar a lavratura de atos como forma de trazer justiça ao caso concreto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Extrai-se das informações colhidas que, conquanto a inafastabilidade jurisdicional seja um direito fundamental das partes, elegida pelo constituinte originário como cláusula pétrea, não se pode subverter a lógica do Poder Judiciário: às partes é assegurada a via judicial apenas nos casos de litígios e quando assim entenderem pertinentes.

A cultura do litígio, por sua vez, deve ser abandonada por todos os operadores do direito e, em especial, pelo Poder legislativo, que deve submeter ao Judiciário somente os casos em que haja extrema e indiscutível necessidade, como, por exemplo, nos casos em que haja divergência de interesses entre as partes.

Especificamente falando do inventário no meio extrajudicial, o simples fato de existir testamento, por si só, não deveria conduzir automaticamente os indivíduos ao Poder Judiciário, como se não houvesse outra saída senão a judicialização da questão.

O tabelião e o advogado, ambos imprescindíveis ao inventário extrajudicial, são profissionais capazes e dotados de notório saber jurídico, sabendo avaliar perfeitamente a correta divisão do patrimônio, a existência de prejuízo em favor das partes e, principalmente, o melhor caminho a ser trilhado, extirpando qualquer vício que possa macular o ato.

Espera-se, cada vez mais, soluções legislativas em prol da atividade extrajudicial que, como visto há mais de 15 anos (Lei 11.441/2007), vêm contribuindo efetivamente para desafogar o Judiciário e, ao mesmo tempo, entregar uma solução célere aos envolvidos.

A desjudicialização, malgrado não seja tema recente, vem ganhando espaço no meio jurídico e atraindo cada vez mais profissionais do direito, seja pela celeridade e efetividade entregada aos clientes, seja pela rápida solução do litígio com a satisfação de todas as partes envolvidas. Assim, desde que não represente uma privatização da jurisdição e que o acesso à satisfação de direitos seja universal e acessível, pode ser bem vinda a atuação de setores não judiciais à prestação da justiça.

Destarte, o Poder Judiciário deve permanecer unicamente com as causas em que o litígio se mostre patente e, ainda assim, não haja qualquer possibilidade de composição através dos meios alternativos de resolução dos conflitos, evitando que as partes fiquem com sua situação jurídica indefinida e sem qualquer previsão de conclusão.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Eth Cordeiro de. **A atividade notarial como propulsora da desjudicialização no Direito de Família e Sucessões**. Orientador: Professor Doutor Diogo Palau Flores dos Santos. 2020. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB, Brasília, 2020, disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=10879308>. Acesso em: 02 out. 2023.

BORGARELLI, Bruno de Ávila; KUMPEL, Vitor Frederico. **Escritura de separação e divórcio com filho menor**. Artigo – Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal. 2015. Disponível em: < https://www.notariado.org.br/artigo-escritura-de-separacao-e-divorcio-com-filho-menor-vitor-frederico-kumpel-e-bruno-de-avila-borgarelli/>. Acesso em: 05 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 15 de jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 15 de jul. 2023.

CAMARA DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 606/2022**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2149383>. Acesso em 15 de jul. 2023.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 600 de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/824>. Acesso em 14 de jul. 2023.

D'AVILA, Gilmara Vanderlinde Medeiros. **Análise constitucional da (im)possibilidade do divórcio extrajudicial de casais com filhos menores e/ou incapazes**. Orientadora: Professora Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2016. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3797218>. Acesso em: 04 out. 2023.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Lei Estadual nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000**. Disponível em:

<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2000/lei-10705-28.12.2000.html>. Acesso em 14 de jul. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves. **O cumprimento de testamento no novo Código de Processo Civil e a possibilidade de adaptação procedimental (cláusula geral negocial) do inventário in Revista Nacional de Doutrina e Jurisprudência**: RDJ, Brasília, v. 106, nº 2, jan./jun. 2015.

FILHO, Jacks Rodrigues Ferreira. **Atos notariais eletrônicos**: estudo da Resolução nº 35/2007 e do Provimento nº 100/2020 do Conselho Nacional de Justiça. Orientador: Professora Doutora Lilia Maia de Morais Sales. 2021. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2021. Disponível em: <https://biblioteca.sophia.com.br/terminalri/9575/acervo/detalhe/127170>. Acesso em: 04 out. 2023.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da; WALD, Arnoldo. **Direito de Família**. 20 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2023.

FRONTINI, Ana Paula. **A possibilidade de realização extrajudicial de procedimentos de jurisdição voluntária com a presença de menores e incapazes**. Orientador: Professor Doutor Daniel Francisco Nagao Menezes. 2018. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018. Disponível em: < https://adelpha-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/8ac0ac79-562c-48c9-9650-fe93da7ddb8c/content>. Acesso em: 03 out. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM. **Enunciado nº 16**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/uploads/enunciados_ibdfam.pdf>. Acesso em 16 de jul. 2023.

KONRAD, Mário Alberto. **Divórcio extrajudicial obrigatório e seus efeitos**. Orientador: Professora Doutora Maria Helenza Diniz. 2010. Dissertação (Doutorado) – Tese de Doutorado em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/5398>. Acesso em: 04 out. 2023.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA, Denis Augusto de. **A desjudicialização do inventário**: estudo de caso realizado na Comarca de Tubarão no triênio 2016-2018. Orientador: Professor Doutor Guilherme Henrique Lima Reinig. 2021. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/221321/PDPC-P0054-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 out. 2023.

OLIVEIRA, Eugênio Guedes de. A**spectos controversos acerca da separação e divórcio extrajudiciais**. 2009. Revista Jurídica Uniaraxá. V. 13, nº 12. Disponível em: < https://ojs.uniaraxa.edu.br/index.php/juridica/article/view/60/52>. Acesso em: 03 out. 2023.

OLIVEIRA, Renato Silva de. **Desjudicialização e acesso à Justiça**: O papel dos cartórios extrajudiciais no âmbito da jurisdição voluntária, a partir da Lei 11.441/2007. Orientador: Professor Doutor André Alves Portella. 2021. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Governança e Políticas Públicas da Universidade Salvador, Salvador, 2021, disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=11022190>. Acesso em: 03 out. 2023.

PATAH, Priscila Alves. **Separação e divórcio – uma visão atual. Desjudicialização e as serventias extrajudiciais – as escrituras públicas de separação e divórcio**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2 (2016), nº 6, Lisboa, Portugal. Disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_1217_1241.pdf>. Acesso em: 05 out. 2023.

PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida; et al. **Registros públicos**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

PERES, Lucas da Silva. **Ampliação objetiva e subjetiva para o inventário e partilha extrajudicial como garantia de acesso ao direito à herança**. Orientador: Professor Doutor Claudio José Amaral Bahia, 2018. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Bauru, Bauru, 2018, disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=11195760>. Acesso em: 02 out. 2023.

REIS, Vanessa Teixeira; SANTOS, Raphael de Souza Almeida. **Inventário extrajudicial**: desafios e perspectivas à luz da Lei nº 11.441/2007. Revista Jurídica Direito e Realidade (2019). Disponível em <https://revistas.fucamp.edu.br/index.php/direito-realidade/article/view/1686>. Acesso em 04 out. 2023.

ROSA, Ana Paula Gabriel Getúlio Dornelles da. **A (in)aplicabilidade do artigo 42 da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça à luz do direito à privacidade**. 2018. Orientador: Professor Doutor Flávio Quinaud Pedron. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Guanambi, Guanambi, 2018. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13836>. Acesso em: 04 out. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. **Inventário e partilha: teoria e prática**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

SILVA, Rafael Azanha. **Acesso à justiça e divórcio consensual sem menores ou incapazes**: análise de dados sobre a (des)judicialização no Foro do Norte da Ilha da Comarca da Capital/SC (2014-2018). 2019. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019, disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/215360/PDPC-P0042-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 out. 2023.

SUPERIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.951.456/RS**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 24 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/existencia-testamento-nao-inviabiliza.pdf>. Acesso em 16 de jul. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Provimento nº 58, de 28 de novembro de 1989**. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=133038>. Acesso em 15 de jul. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Parecer Normativo nº 133/2016-E, de 14 de junho de 2016**. Disponível em: <https://extrajudicial.tjsp.jus.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipopublicacao=5&nuSeqpublicacao=5618>. Acesso em 15 de jul. 2023.