

REVISTA JURÍDICA

Direito, Justiça, Fraternidade
& Sociedade

Volume 1 | Nº 1 | 03-2024



SENTENÇA DO ZERO



ISSN 2965-7695

EQUIPE EDITORIAL

DIREÇÃO EDITORIAL

Dra Priscila Luciene Santos de Lima, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.

Esp Aline M. Klais, Sentença do Zero.

Fabio Alfredo D. Jaensch, Sentença do Zero.

Esp Fabiana Pinheiro Hammerschmidt, Sentença do Zero.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Dr Adilson Anacleto, Universidade Estadual do Paraná, Campo Mourão/PR, Brasil.

Dr Antônio Valdeci Nobles, Universidade Estadual de Roraima - UERR, Boa Vista/RO, Brasil.

Dr Arlen José Silva de Souza, Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia/RR, Brasil.

Dra Claudia de Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

Dr Deilton Ribeiro Brasil, Universidade de Itaúna - UIT, Itaúna/MG, Brasil.

Dr Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba/PR, Brasil.

Dra Driele Aparecida Rossi, Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, Venda Nova do Imigrante/ES, Brasil.

Dr Daniel Ferreira, Centro Universitário Internacional - UNINTER, Curitiba/PR, Brasil.

Dr Enoque Feitosa, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Fábio Ramazzini Bechara, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Felipe Chiarello de Souza Pinto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms. Flávia Jeanne Ferrari, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms. Gessuelyton Mendes de Lima, Universidade Federal do Paraná- UFPR, Curitiba /PR, Brasil.

Dra Hadassah Santana, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília/DF, Brasil.

Dr Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador/BA, Brasil.

Dr Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho/PR, Brasil.

Dr João Marcelo de Lima Assafim, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Dra Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, Brasil.

Dr Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Dra Lorena de Melo Freitas, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Lourenço de Miranda Freire Neto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dra Luciana de Aboim Machado, Universidade Federal do Sergipe - UFSE, Aracaju/SE, Brasil.

Dra Mara Darcanchy, Centro Universitário FACVEST - FACVEST, Lages/SC, Brasil.

Dr Marcelo Antônio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Cuiabá/MT, Brasil.

Dra. Maria Carolina Almendra de Freitas, Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina/PI, Brasil

Dra Mônica Celestino Santos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Paulo Roberto Barbosa Ramos, Universidade Federal do Maranhão - UFMA, São Luis/MA, Brasil.
Dra Raquel Duarte Hadler, Universidade de Campinas - UNICAMP, Campinas/SP, Brasil.
Dra Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo/SP, Brasil.
Dra Rita Margareth Costa Passos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Tiago Oliveira Moreira, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal/RN, Brasil.
Dr Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Manaus/AM, Brasil.
Dr Vladimir Passos de Freitas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Viviane Côelho de Séllos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wagner Menezes, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wanderson de Paula Pinto, Faculdade da Região Serrana - FARESE, Santa Maria de Jequitibá/ES, Brasil.
Dra Ynés da Silva Félix, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, CamposGrande/MS, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Dr Alessandro Rosanó, Università di Padova, Itália.
Dr Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália.
Dr Antônio Sorella Castillo, Universidad Libre de Chiapas, México.
Dr Augustus Bonner Cochane III, Agnes Scott College, EUA.
Dra Beata Stepien Zalucka, University of Rzeszów, Polônia.
Dra Beliña Herrera Tapias, Universidad de la Costa (Barranquilla), Colombia.
Dr Carlos García Soto, Universidad Monteávila, Venezuela.
Dra Carolina Granja, Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
Dr Eduardo Amorim, Universidad de Oviedo, Espanha.
Dr Eduardo Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal.
Dra Elizabeth Acciolly Rodrigues da Costa, Universidade Europeia, Portugal.
Dr Fábio da Silva Veiga, Universidade Lusófona do Porto, Portugal.
Dr Fernando Hernández Fradejas, Università de Bologna, Itália.
Dr Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha.
Dr Gonçalo S. de Melo Bandeira, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal.
Dr João Proença Xavier, Universidade de Coimbra, Portugal.
Dr Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, Equador.
Dr Jorge Alfredo Arevalo, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dr Justo Reguero Celada, Universidad de Salamanca, Espanha.
Dr Karlos Manuel Navarro Medal, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicarágua.
Dra Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dra Letícia Mirelli Faleiro e Silva, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dr Marco Olivetti, Università LUMSA, Roma, Itália.
Dra Maria Camacho Zegarra, Universidad ESAN, Peru.
Dr Mauricio López Barrantes, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Dra Mariusz Zalucki, AFM Krakow University, Polônia.

Dr Nuno Garoupa, Texas A&M University School of Law, EUA.

Dr Pablo Fernandez Garcia-Armero, Universidad Internacional de La Rioja, Espanha.

Dr Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Universidad de los Andes, Chile.

Dr Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.

Dr Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.

Dra Tatiana Shirasaki, University of Wisconsin Law School Madison, EUA.

EDITORAÇÃO

Bruno Romano, Sentença do Zero.

Capa e Diagramação:

Di'Artes



ÍNDICE

ALCELYR VALLE DA COSTA NETO; JOSIANY FIEDLER VIEIRA; ELISA MARIANE OTOBONI GOMES

1. RISCO DA TECNOLOGIA DE IDENTIFICAÇÃO PESSOAL DISSEMINAR COMPORTAMENTOS RACISTAS NO BRASIL E O PAPEL DA MÍDIA NESSE CONTEXTO..... 07

ALEXANDRE DA ROSA; PRISCILA LUCIENE SANTOS DE LIMA; GESSUELYTON MENDES DE LIMA

2. A MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO MANOBRA EMPRESARIAL: ALTERNATIVAS AOS TRABALHADORES E PEQUENOS CREDITORES..... 27

KAEL DE FREITAS CARVALHO; LOURENÇO DE MIRANDA FREIRE NETO

3. DIREITOS DE PERSONALIDADE NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DIGITAL COM BASE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS..... 45

JAQUELINE WALTER DOS SANTOS; ANA PAULA RODRIGUES; EDNA DE CÁSSIA SANTOS

4. A DISCRIMINAÇÃO ENSEJADA PELO CADASTRO POSITIVO DO MAL PAGADOR..... 61

DOUGLAS ANGELO FERRARI; FLÁVIA JEANNE FERRARI; ANTONIO EVANGELISTA DE SOUZA NETTO

5. A CONFORMIDADE NO AUXÍLIO AO COMBATE DA CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA..... 77

CHARISE LEINE CERCAL; MANUELA FERNANDA GONÇALVES FERREIRA

6. AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE TRABALHO: A FIGURA DO EMPREGADO “HIPERSUFICIENTE” 91

GRASIELA GROSSELLI

7. COMPLIANCE: UMA FERRAMENTA PARA O DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA..... 117

EDUARDO HENRIQUE; JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

8. A APLICABILIDADE DA CONSTELAÇÃO NOS CONFLITOS FAMILIARES..... 139

MARCIANITA LOPATA DE LIMA; MARA DARCANCHY; MOSER PINTO COELHO

9. AS TECNOLOGIAS ASSISTIVAS COMO MEIO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO..... 149



ADILSON ANACLETO; ISADORA DE PAULA BANDEIRA ZAVADNIAK

10. A MAÇONARIA, LENDAS E MITOS: INJÚRIAS E PRECONCEITOS..... 166

VIVIANE LAZZERES NOVATZKI; LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA

11. DANO MORAL PRESUMIDO OU NÃO E SUA QUANTIFICAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR..... 179

ANDRÉA GRANDINI JOSÉ TESSARO; SABRINA DE CASTRO FERREIRA; TIAGO SIMAS

12. A LICENÇA PARENTAL COMPARTILHADA FRENTE AOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES..... 191



O RISCO DA TECNOLOGIA DE IDENTIFICAÇÃO PESSOAL DISSEMINAR COMPORTAMENTOS RACISTAS NO BRASIL E O PAPEL DA MÍDIA NESSE CONTEXTO

THE RISK OF PERSONAL IDENTIFICATION TECHNOLOGY SPREADING RACIST
BEHAVIOR IN BRAZIL AND THE ROLE OF THE MEDIA IN THIS CONTEXT

Alcelyr Valle da Costa Neto¹

Josiany Fiedler Vieira²

Elisa Mariane Otoboni Gomes³

Resumo: Este artigo diz respeito ao campo do direito penal, em particular o campo da identificação pessoal para fins de classificação de crimes e imputação de culpa. A questão centra-se em como evitar esta prática racialmente preconceituosa na condução de processos de identificação pessoal em investigações criminais. Além disso, são apresentadas alternativas de como o reconhecimento pessoal pode ser realizado de forma mais segura e eficaz para todos. O objetivo deste artigo é mostrar os possíveis riscos para pessoas submetidas erroneamente a procedimentos de reconhecimento pessoal. A legitimidade dessa abordagem decorre da própria taxa de condenação de muitas pessoas, muitas vezes inocentes e predominantemente negras, destacando a importância do uso eficaz dessa técnica para combater o racismo. O artigo terá como base metodológica a pesquisa bibliográfica, a partir da leitura de livros, artigos, textos de Lei e Jurisprudência.

Palavras-Chave: Racismo; Lei; Reconhecimento facial; imprensa; Lei.

Abstract: This article concerns the field of criminal law, in particular the field of personal identification for the purpose of classifying crimes and apportioning guilt. The issue focuses on how to avoid this racially biased practice in conducting personal identification processes in criminal investigations. In addition, alternatives are presented on how personal recognition can be carried out in a safer and more effective way for everyone. The purpose of this article is to show the possible risks for people erroneously submitted to personal recognition procedures. The legitimacy of this approach stems from the very conviction rate of many people, often innocent and predominantly black, highlighting the importance of using this technique effectively to combat racism. The article will have as a methodological basis the bibliographical research, from the reading of books, articles, texts of Law and Jurisprudence.

Keywords: Racism; Law; Facial recognition; press; Law.

¹ Doutor pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Educação e Doutor em Educação e Novas Tecnologias (PPGENT) pelo Centro Universitário Internacional - Uninter. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0076425146428885>>

² Doutoranda em Comunicação pela Universidade Federal do Paraná, graduada em Serviços Notoriais e Jurídicos pela Uninter. Membro do Núcleo de Estudos em Ficção Seriada (NEFICS) e do ECCOS - Estudos sobre Comunicação, Consumo e Sociedade. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5045347402400709>>

³ Bacharel em Direito pela Direito pelo Centro de Ensino, Ciencia e Tecnologia do Paraná (UniEnsino). Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6425047605211612>>

INTRODUÇÃO

O presente artigo circula na área de direito penal, mais especificamente na temática da identificação pessoal para fins de tipificação e imputação penal. O tema do artigo concerne em: os riscos da técnica do reconhecimento pessoal para a propagação da prática de racismo no Brasil. Disto posto, pretende-se analisar os efeitos negativos desta técnica, se aplicada erroneamente, na vida de pessoas, designadamente negras, visto a tendência de erros deste procedimento recair sobre pessoas de cor no Brasil. Ainda pretende-se examinar o exercício deste procedimento, visto as Diretrizes do artigo nº226 do Código de Processo Penal.

Logo o problema de pesquisas e concentra em como evitar essa prática na realização do procedimento de reconhecimento pessoal nas investigações criminais. Bem como, ilustrar alternativas para que o reconhecimento pessoal aconteça de forma mais segura e eficaz para todos. A defesa versada neste trabalho consiste em evitar a indução a erro no reconhecimento pessoal que é uma realidade já noticiada na imprensa.

Em 2019, uma tecnologia que afeta a privacidade dos cidadãos e tem potencial discriminatório ganhou força no Brasil, o reconhecimento facial. Ela funciona a partir da marcação de pontos na face de uma pessoa; por meio de algoritmos, é criado um mapa facial que, ao ser escaneado, pode reconhecer o emparelhamento das características, independentemente da posição em que a pessoa estiver. Esse método de identificação biométrica pode operar mesmo sem o conhecimento de quem tem o seu rosto analisado pelo sistema, permitindo fazer varreduras em massa de pessoas que passaram apenas segundos diante de uma câmera. Erros, contudo, são recorrentes. Pesquisa feita pela Universidade de Essex, no Reino Unido, analisou 42 casos de reconhecimento facial e concluiu que houve acerto em apenas oito deles, menos de 20%. (...) Outro problema que vem à tona é a discriminação. Nem todos os corpos são objetos dessas práticas da mesma forma ou com a mesma intensidade. Em relação aos casos em que havia informações sobre raça e cor, ou quando havia imagens dos abordados – um total de 42 casos –, 90,5% das pessoas eram negras e 9,5% eram brancas, segundo o relatório. Nos registros de 66 casos, havia informações sobre sexo, o que permitiu aos pesquisadores notar que 87,9% dos suspeitos foram homens e 12,1%, mulheres. A idade média do grupo foi de 35 anos. “No que se refere à motivação para a abordagem, chama a atenção o grande volume de prisões por tráfico de drogas e por roubo” (MARTINS, 2020, online)

Apesar das críticas, o investimento na implantação da tecnologia de reconhecimento fácil está em expansão. A Portaria nº 793, de 24 de outubro de 2019, é um exemplo que regulamentou o uso de dinheiro do Fundo Nacional de Segurança Pública para implantação de sistemas de vídeo monitoramento com soluções de reconhecimento facial. Portanto, é importante para apresentar soluções ao



reconhecimento pessoal para que este possa ser realizado de forma segura e eficiente para o combate à criminalidade e mais, a inibição da prática do racismo. A justificativa para essa abordagem se dá justamente pelo índice de condenações de pessoas que muitas vezes inocentes e em grande maioria negras, e visar a importância da realização dessa técnica com eficiência para o combate ao racismo.

1. O RECONHECIMENTO PESSOAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA COMO INSTRUMENTO DE ELUCIDAÇÃO CRIMINAL

Esse tópico discorrerá acerca do procedimento do reconhecimento pessoal na forma da Lei como também, exibir quais são os requisitos de como deve proceder essa técnica usada para elucidação criminal.

O procedimento de reconhecimento pessoal consiste em um instrumento de prova na qual alguém perante o Estado reconhece uma determinada pessoa como autora de um delito. É o ato formal e solene pelo qual uma pessoa indica como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa, para fins processuais penais. Cuida-se de um meio de prova (NUCCI, 2011, p.183).

O regime legal da prova está vertido no Código de Processo Penal, mais concretamente no seu Livro III, o qual inclui os meios de prova e os meios de obtenção de prova. Embora dedicando um livro a este tema, o Código não apresenta qualquer conceito de prova, limitando a sua referência ao objeto da prova. (RIBEIRO, 2021). Para o autor, “os meios de prova constituem os alicerces que sustentam a construção da prova no processo penal, têm, necessariamente, um alcance diferente” (2021) e “uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. (LOPES JR, 2014, p.701).

Por ser um meio de prova que ainda divide muitas opiniões, a jurisprudência reconhece a fragilidade da técnica, por muitas vezes não ser seguidas as diretrizes do Art. 226 do Código de Processo Penal, que afirma que:

Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se à pela seguinte forma:

I - A pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento. (CONSTITUIÇÃO,1988).

Cabe observar que o artigo traz estritamente como deve ser feito o reconhecimento de pessoas para a acareação de crimes, mas a uma preocupação quanto a essa técnica, visto sua ineficácia. No presente contexto percebe-se o grau de falibilidade da prova devido grande parte dos reconhecimentos que são realizados no Brasil acontecerem sem a presença do advogado, ou sem respeitar a recusa do acusado. (CORDAZZO; MENDES, 2020).

Ainda, nesse sentido, é possível compreender que “De todas as provas previstas no nosso diploma processual penal, esta é a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária (TOURINHO, 2000,p.645).

É a respeito desta temática que o trabalho será desenvolvido, para além destas preocupações com o descumprimento das formas prescritas pelo Código de Processo Penal, abordando esta questão, manifestando opinião e demonstrando a real necessidade do cumprimento do artigo 226.

O processo penal, além da aplicação de penas, também auxilia para manter a segurança pessoal do acusado, ou de pessoas submetidas a uma acusação. Todos os meios de provas previstos no Código de Processo Penal, são de suma importância para a elucidação dos crimes investigados.

A instrumentalidade, dentro processo penal, vem exatamente para formalizar os procedimentos, nos quais baseiam-se no princípio da instrumentalidade das formas, isso quer dizer que as formas, rituais e procedimentos não tem fins em si mesmos, mas são alicerces para que o processo percorra de forma segura e justa. Com isso, a objetividade da instrumentalidade do processo penal consiste em gerar resultados concretos, válidos e eficazes para ambas as partes, garantindo a segurança de provas imparciais. (JUSBRASIL,2017).

Como também, tem um papel importante onde permeia em seu fim de garantias constitucionais, ou seja, ela tem o designo de garantias individuais. O autor Lopes Jr explana sobre a temática

Comisso, concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas comum a especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional (Lopes Jr, 2014, online).

Desta forma, como é disposto taxativamente no artigo mencionado, o acusado tem que estar entre mais pessoas para que o procedimento do reconhecimento aconteça. Isso porque, garante, ou tem a finalidade, de a vítima ter a certeza e não ser induzida por terceiros.

Assim sendo, o reconhecimento pessoal, no Brasil, é um instrumento de meio de prova utilizado ainda na face inquisitorial, como meio de indício de autoria criminal. Para a acusação, esse processo de reconhecimento pessoal é importante para que tenham êxito em sua tese, que os promotores estabeleçam a autoria dos crimes. Por outro lado, a defesa vê essa técnica como perigosa, visto que, se não executada de maneira correta pode acarretar a erros irreparáveis. A jurisprudência já reconhece a fragilidade das provas ao identificar os indivíduos, como mostra o texto "O reconhecimento fotográfico realizado no âmbito da delegacia de polícia, por si só, não é suficiente para a decretação de um decreto condenatório, especialmente quando, mesmo sendo possível, não é renovado em juízo, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa"(JUSBRASIL, 2021).

Portando, a pergunta que fica é se há diferença em aplicar esse procedimento nos moldes da Lei e nos da jurisprudência. O pensamento inicial é de que a utilização é positiva pois isso implica, expressamente, nos resultados, desde que feito de forma indevida, acarretará em erros irreversíveis no processo penal.

A maneira na qual é realizada a abordagem policial em questionamentos dos fatos ocorridos pela vítima ou testemunhas, podem influenciar na sucessibilidade de informações, portanto, qualquer pergunta deve ocorrer com a máxima discrição para que se evite uma distorção da memória. Isto posto, para que o reconhecimento pessoal aconteça de forma mais segura, e sem possíveis riscos de erros, devem ser



seguidos os requisitos da Lei, pois, entende-se que essa técnica é frágil, por não ser suficiente para condenação.

2. INSUFICIÊNCIA DA PRÁTICA ISOLADA NO RECONHECIMENTO E O RISCO DA PERPETUAÇÃO DO RACISMO NO BRASIL

O tópico em discussão tratará a respeito da insuficiência para o processo penal se para uma investigação criminal for usada somente a técnica de reconhecimento pessoal como meio de prova e como isso pode influenciar diretamente na propagação do racismo no país.

A jurisprudência brasileira reconhece que não é possível condenar alguém somente com o reconhecimento pessoal como meio de prova, porque envolve vários fatores além do reconhecimento, e ainda, por ser uma prova frágil. “Além de ser corriqueiramente passível de sofrer com o fenômeno da indução e das falsas memórias, é também escancaradamente suscetível à influência do racismo estrutural enraizado no processo penal brasileiro” (LOPES JR., OLIVEIRA, 2022).

Desde os primórdios da formação do nosso país, o Brasil enfrenta o racismo, isso se dá pelo período de escravidão, entre os séculos XVI e XIX, os africanos nascidos aqui e seus descendentes foram escravizados por mais de 300 anos. Desde então o racismo é enraizado na estrutura e formação de costumes sociais na sociedade brasileira. É de suma importância ressaltar que o racismo é a discriminação racial de uma pessoa ou de um grupo em questão.

No Brasil, inúmeros são os casos de prisões e condenações de pessoas negras baseados exclusivamente em reconhecimentos fotográficos feitos pelas vítimas à margem das disposições legais e jurisprudenciais. (SANTANA, 2022).

Observa-se que a validade desse procedimento só se dá, se observado as diretrizes da Lei Penal, contudo, características superficiais não bastam para que o reconhecimento seja realizado, a vítima, além da cor da pele e vestimentas usadas pelos suspeitos tem que ser capaz de descrever aspectos menos superficiais.

A 6ª Turma do STJ, nos autos do HC nº 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz (CUNHA, 2020) em julgamento realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao Art. 226 do CPP, ao afirmar o entendimento de que o reconhecimento de pessoa realizado na fase inquisitiva, presencialmente ou por fotografia, somente está apta para a identificação do réu e fixação da autoria delitiva com alguns pressupostos:



Quando observadas as formalidades descritas na citada norma processual e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que os referidos meios de prova estão aptos para a identificação dos acusados e para a fixação da autoria delitiva (devida observância às regras probatórias previstas no art. 226 do CPP), além de estarem corroborados por outros elementos probatórios (CUNHA, 2020, online).

No Brasil, o reconhecimento fotográfico é comum e referido como um procedimento informal que antecede o reconhecimento presencial. Ou seja, caso a vítima ou testemunha reconheça o suspeito por foto realiza-se um reconhecimento presencial (Stein; Ávila, 2015). No entanto, é possível perceber na imprensa brasileira a noticiabilidade de casos em que o ato de identificação foi realizado de forma incorreta e em desacordo com o Código. Um exemplo é de Ângelo Gustavo e Thiago Braga Brum que tiveram seus rostos conhecidos por imagens extraídas de redes sociais, sem que se realizasse qualquer controle quanto à qualidade e características das imagens (MATILDA, 2021).

Um jovem, motorista de aplicativo, também negro, teve sua prisão preventiva decretada após ter sido reconhecido apenas com base em uma foto 3x4 tirada há quatorze anos, quando ainda era adolescente, foi acusado de ter sido o autor de um suposto roubo ocorrido em 04 de fevereiro de 2019 e que apenas foi registrado pela suposta vítima vinte e um dia depois. Após ficar preso por seis dias, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu o habeas corpus solicitado pela defesa. Na decisão, a desembargadora reconheceu que inexistem registros de envolvimento de Jeferson em delitos pretéritos e que a prisão foi fundamentada “no falho e duvidoso reconhecimento por fotografia”, convertendo a prisão preventiva em medidas cautelares diversas do cárcere (Santana, 2022, online).

Nota-se a insuficiência do procedimento do reconhecimento pessoal como meio de prova única para condenação, os casos descritos demonstram o erro dessa técnica volúvel e como é propensa ao racismo.

E declarado inocente, quais são os impactos desse erro judicial nas vidas dessas pessoas? Observa-se que é de extrema importância o reparo desse procedimento, pois os danos de erros cometidos, podem influenciar negativamente a vida de pessoas submetidas a esses erros, tanto na vida pessoal, relacionando ao emocional, quanto profissional.

Nos Estados Unidos, dados da organização Innocence Project apontam que os erros de reconhecimento sejam causa presente em cerca de 70% dos casos de erros judiciais. Nessas situações, as condenações de inocentes foram somente revistas após a prova de DNA demonstrar que as pessoas condenadas não cometeram os

crimes pelos quais haviam sido acusadas. Em âmbito nacional o jornal Folha de São Paulo analisou uma centena de prisões e apontou falhas. “As falhas que mais contribuíram para as prisões foram: 42 casos por reconhecimento incorreto; 25 casos de identificação incorreta; 17 casos por apontamento por autoridade injustamente; 12 casos por falso testemunho; 3 casos por uso de prova falsa/inválida; e 1 caso por confissão sob tortura” (OLIVEIRA,2020). A pesquisa destaca também que dos 100 casos analisados, 60 eram pessoas negras. “Em se tratando de reconhecimento incorreto, o índice de negros presos injustamente atinge o valor de 71,5%, enquanto os brancos possuem o valor de 28,5%” (OLIVEIRA,2020).

Entende-se, então, que para que seja válido o procedimento do reconhecimento pessoal, deve ser realizado de acordo com as diretrizes da Lei Penal em seu art. 226 do CPP, ademais, está técnica deve ser vista como uma adição na investigação criminal, usada como complemento de provas e não como meio de prova principal, devido a sua insuficiência de evidência criminal, por se tratar de um método fraco para condenação, podendo assim levar a erros judiciais irreparáveis aos sujeitos a eles submetidos.

3. FALHAS NO PROCEDIMENTO PESSOAL QUE PODEM IMPLICAR EM ERRO JUDICIAL E O RISCO DE CONDENAÇÃO E PRISÃO INJUSTA DE PESSOAS NEGRAS NO BRASIL

Para a melhor compreensão do tema é importante a descrição das fases do processo de criminalização no Brasil, na qual são: pré-investigativa, investigativa e a processual.

A primeira é no momento do ato delituoso, na qual pode ocorrer a prisão em flagrante. Esta fase em conjunto com a segunda, são consideradas as mais importantes para o processo de criminalização. Ou seja, qualquer informação em desacordo na coleta dessas informações iniciais pode contaminar todo o processo penal.

Na segunda, a Polícia Civil, irá atuar para colher depoimentos de testemunhas e fazer interrogatório com a(s) vítima(s). Ainda, se ocorrer a prisão em flagrante a Polícia Militar tem a função de conduzir o meliante à delegacia.

Já nas estratégias para o reconhecimento a PC além de utilizar-se do que está prescrito em Lei, acrescenta algumas outras formas de que a vítima faça o

reconhecimento do suspeito, sendo elas: o reconhecimento fotográfico; o retrato falado; o reconhecimento por vidro espelhado (previsto em Lei).

O reconhecimento por meio de álbum fotográfico feito nas delegacias (método o ultrapassado que coleciona fotos não atualizadas de criminosos de acordo como tipo de crime cometido); o reconhecimento pelo corredor de passagem que consiste no momento em que a vítima chega na delegacia para depor e conhece algum suspeito que esteja preso com algema no corredor da delegacia; o reconhecimento por meio da voz do suspeito; o reconhecimento por meio de redes sociais do suspeito; o reconhecimento por meio de alguma notícia ou reportagem feita pela imprensa; e, o reconhecimento por meio de um orifício feito na porta de alguma sala para que a vítima não tenha contato visual com o suspeito (previsto em Lei). (OLIVEIRA, p.3, 2020).

E a terceira fase, de se instaurar o inquérito, que ocorre a judicialização do processo. O processo penal possui as recomendações supracitadas desde 1941, a redação se mantém intacta, porém, segundo OLIVEIRA o grande problema que acarreta as pessoas que são presas injustamente por conta dessa falha no reconhecimento encontra-se na interpretação equivocada feita pelas autoridades. “As formas como as autoridades são instruídas a fazer o reconhecimento de pessoas e coisas previstas no Capítulo VII do CPP, são claras e autoexplicativas, porém as autoridades as tratam como meras recomendações e não como obrigаторiedades” (OLIVEIRA, 2020, p 3) e autor complementa que uma das grandes problemáticas que implicam o erro judicial neste procedimento são as influências, inclusive, a do racismo, na execução desta técnica. “Assim, sendo passível de sofrer como fenômeno da indução e das falsas memórias (...) suscetível à influência do racismo estrutural enraizado no processo penal Brasileiro” (LOPES e OLIVEIRA, online, 2022).

Portanto, o reconhecimento para que seja somado na investigação criminal, precisa ser realizado de modo eficaz. Contudo, como já dito ele é um acréscimo no processo da investigação, não podendo ser um meio de prova direito.

Um estudo recente realizado pelo Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (Condege) e pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, aponta que “entre os anos de 2012 e 2020 foram feitas 90 prisões injustas através do reconhecimento pessoal. Sob a ótica racial, destas 90 prisões, 79 possuíam informações quanto a raça dos acusados, sendo 81% dessas pessoas negras” (OLIVEIRA, online, 2020).

Para que o alinhamento seja eficaz, os não suspeitos devem ser sabidamente inocentes e, assim como o suspeito, devem atender à descrição da vítima/testemunha, de modo que o suspeito não se destaque entre os demais (Wells



e Olson, online, 2003). A ausência de destaque permite que a vítima/testemunha compare entre diferentes atributos dos rostos, sua decisão não será baseada em características isoladas (Wixtedetal, online, 2018).

Outra necessidade é a de se evitar qualquer feedback confirmatório, como quando o investigador diz à vítima/testemunha que ela apontou a pessoa que a polícia tinha em mente. (MATIDA e CECCONELLO, online, 2021).

Ademais, a produção da prova realizada em um prazo razoável para evitar a contaminação da memória, a adoção de técnicas de interrogatório e entrevistas cognitivas com profissionais especializados, pela gravação dos depoimentos para apreciação novamente em momento posterior com uma análise minuciosa dos relatos (CORDAZZO e MENDES, online, 2020).

A tecnologia, hoje, está para aqueles que querem e com os avanços existentes é possível encontrar nela, soluções para qualquer problema, inclusive, cabíveis para o problema deste artigo.

A Inteligência Artificial é uma das alternativas, que tem como pretensão diminuir erros judiciais envolvendo falhas no reconhecimento pessoal, assim, suprimindo o que muitas vezes não é possível com ser feito somente através de uma colocação de pessoas frente a frente, por envolver vários fatores, como já descritos no decorrer deste texto.

A falta de controle de qualidade das evidências forenses em casos criminais deve alertar qualquer pessoa preocupada com a injustiça de falsas condenações. Com isso, devemos usar a tecnologia a favor da justiça, para que seja feito jus ao sentido da palavra, tornando assim um sistema mais justo.

O reconhecimento facial consiste em uma forma de identificar e confirmar identidades através do rosto “utiliza-se neste método a inteligência artificial e é capaz de reconhecer pessoas em fotos, vídeos ou até mesmo em tempo real. O sistema faz parte da segurança biométrica, que também atua como reconhecimento de voz, impressão digital, retina ocular ou íris” (FERREIRA, online, 2022).

São inúmeros os setores que utilizam a tecnologia do reconhecimento facial voltado para a segurança. De acordo com o levantamento apresentado pela Surfshark, cerca de 92% dos países na América do Sul utilizam dessa tecnologia. (FERREIRA, online, 2022).

Os sistemas de tecnologia facial podem variar, mas no geral, tendem a funcionar da seguinte forma:

Etapa 1: Detecção do rosto. A câmera detecta e localiza a imagem de um rosto, sozinho ou no meio de uma multidão. A imagem da pessoa pode ser de frente ou de perfil. (KASPERSKY).

Etapa 2: Análise do rosto. O software faz a leitura da geometria do seu rosto, analisando principalmente a distância entre olhos, a profundidade de suas órbitas oculares, a distância entre a testa e o queixo, o formato da maçã do rosto e o contorno dos lábios, das orelhas e do queixo (FERREIRA, 2022).

Etapa 3: Conversão da imagem em dados. Essa etapa é importante para conseguir identificar e encontrar o rosto em um banco de dados. Por isso, transforma as informações analógicas em um conjunto de informações digitais com base nas características faciais da pessoa (FERREIRA, 2022). “A análise do rosto é basicamente transformada em uma fórmula matemática. O código numérico é chamado de impressão facial. Da mesma forma que as impressões digitais são únicas, cada pessoa possui sua própria impressão facial” (KASPERSKY, online).

Etapa 4: Localização de uma correspondência. Convertido em códigos, a impressão facial é comparada com um banco de dados.

Mesmo com todo o aparato tecnológico, o reconhecimento facial não pode ser ainda a única prova condenatória e sim integrar as demais evidências de todo o processo de reconhecimento.

As decisões e comportamentos decisórios das máquinas, no campo do Direito, exigem a supervisão humana, a saber, as máquinas não podem "decidir sozinhas" a partir dos critérios e preferências que elegerem, uma vez que a "razão humana" deve "supervisionar" o conjunto de dados (o input), construir o algoritmo (os critérios e o passo a passo da decisão), validar o modelo decorrente (acurácia, precisão etc.), justamente porque produzidas por algoritmos que se valem de heurísticas. (ROSA; CANI, online, 2021).

Assim sendo, a otimização desta técnica deve ser realizada e essas sugestões merecem ser observadas para a melhor e eficaz prática do reconhecimento pessoal, deixando ser um procedimento frágil, tornando-o mais seguro tanto para o acusado quanto para a vítima.

4. A IMPRENSA NESSE CENÁRIO

A notícia constrói uma representação da realidade social e é uma narrativa da realidade cotidiana pois retrata fatores históricos, políticos, sociais, culturais e econômicos da sociedade em que o veículo de imprensa está inserido. Matérias



criminais chamam a atenção do público em geral e a cobertura de imprensa é massiva nestes temas, como homicídio em série, feminicídio, etc. Uma pessoa morta na calçada; uma mulher assassinada pelo marido na sala de casa; um adolescente, sob efeito de drogas, matar uma idosa num assalto. Notícias como essas chamadas são diárias na imprensa brasileira.

Segundo Traquina (2008, p. 79), “onde há morte, há jornalista. A morte é um valor-notícia fundamental para esta comunidade interpretativa e uma razão que explica o negativismo do mundo jornalístico que é apresentado diariamente nas páginas do jornal”.

Nestes casos, os perfis criminais são uma técnica utilizada pela polícia que visa estruturar a análise do criminoso, com o objetivo de responder a perguntas como: o que aconteceu na cena do crime e que tipo de indivíduo pode estar envolvido?

O conhecimento dessa técnica forense é utilizado por alguns jornalistas na cobertura criminal, com análise dos dados coletados pelas autoridades policiais. O relatório policial do caso identifica a avaliação psicológica do ofensor, detalha os objetos encontrados na cena do crime e elabora estratégias que possam ser utilizadas no interrogatório.

Muito importante também é se amparar em documentos e não apenas no que as fontes declaram. O auto de prisão em flagrante, o laudo necroscópico, a denúncia oferecida pelo Ministério Público, a sentença, etc. sempre que possível, devem ser meticulosamente lidos. Lembre-se não se divulga aquilo que não se prova. Porém, até mesmo os documentos mencionados podem nos conduzir para a mentira ou nos afastar da verdade, conforme preferirem (FUCCIA, 2008, p.36).

A questão é que esses documentos iniciais são utilizados sem critério pela grande imprensa e com julgamento de valor. Portanto, todo o cuidado é pouco para não prejudicar a vida de um inocente.

Pontuou as marcas linguísticas que revelavam tais prejulgamentos. Estas incluíam desde o uso de enunciados que denunciavam suspeitas infundadas de autoridades ou testemunhas, até a aplicação constante do chamado “discurso relatado” (“segundo a polícia”, “segundo vizinhos”) em que diferentes tipos de relatos, com diferentes funções, assumiam um caráter argumentativo. Ao tomar constantemente os relatos dos outros, algo que é praxe no fazer jornalístico, o discurso pode transformar o profissional de seu papel de investigador para o de um denunciante ou até mesmo julgador. Uma alternativa é investir em um tipo de linguagem que expresse um discurso sem a interferência subjetiva do jornalista. Por exemplo: usar mais ‘é possível, é provável’ nas manchetes, evitando assim dar certezas que ainda não existem. Citando as notícias que alegavam, dois dias após o crime, que Isabela



Nardoni havia sido asfixiada, a professora recorda que, naquela altura, a polícia ainda não havia concluído o inquérito. “A denúncia não havia sido oferecida pelo promotor e já havia esse prejulgamento – e na verdade já era um sentenciamento” (OLIVEIRA in PACHECO, 2016, online).

Também é necessário ter cautela para evitar o que os teóricos denominam como “efeito contágio” que é quando uma atitude incentiva outros ao mesmo objetivo como o suicídio e o ataque a escolas, por exemplo. Empresas como a Rede Globo e O Estado de São Paulo emitiram comunicados de como fariam a cobertura sem divulgar imagens do crime e o nome do assassino.

Há uma ampla exploração do caso, imagens da escola, das famílias e das crianças, em diversos programas de emissoras de rádio e televisão. No caso do ataque à creche em Blumenau (SC), os jornais no geral têm evitado mencionar o nome do homem que cometeu os crimes, essa é uma alternativa para evitar que ele ganhe notoriedade e fama, influenciando outras pessoas a agirem de forma semelhante. (OLIVEIRA in PACHECO, 2016, online).

Segundo Guareschi (2013 p.86-89) existem cinco princípios fundamentais para que uma democracia atenda as questões da integridade social e superação das divisões e discriminação. Para que ela seja concretizada é preciso que todo cidadão atue com os princípios da igualdade, diversidade, solidariedade, participação e liberdade.

- Igualdade: Todos os cidadãos precisam ser vistos como iguais e serem possuidores dos mesmos direitos e deveres. Independente de raça, sexo, orientação sexual e classe social;
- Diversidade: O Brasil, é um país multicultural e multiétnico e é necessário respeitar essas diferenças;
- Solidariedade: Empatia;
- Participação: Ser protagonista e ajudar para que todos os seres humanos tenham vez e voz, bem como oportunidades de poderem se manifestar;
- Liberdade: É saber respeitar as decisões que cada um toma pelo seu livre arbítrio.

Fica claro nestes princípios que o jornalismo possui um compromisso com as informações as quais ele fornece e de ser atuante como serviço e exercício de cidadania. A imprensa possui o compromisso de compreender o tema e analisar a narrativa que é empregada atualmente na imprensa, principalmente quando se trata de minorias.

Cabe então a imprensa a checagem correta das informações (evitando o imediatismo e o sensacionalismo) e a divulgação de matérias que abordem a preocupação com o tema do racismo estrutural no sistema penal nacional. Um exemplo é a publicação da Revista Carta Capital que em 2022 publicou a seguinte reportagem:

FIGURA 1: Chamada da matéria da Revista Carta Capital



Fonte: Revista Carta Capital Online

A matéria da jornalista Marina Vereniz alerta que somente no Estado do Rio de Janeiro, em 2022, 80% dos réus absolvidos por erros em reconhecimento fotográfico ficaram mais de um ano presos e que 60% dessas pessoas tinham a pele negra. A preocupação não é só brasileira, nos Estados Unidos o chefe da polícia de Detroit afirmou que o reconhecimento facial, que vem sendo usando em larga escala pela corporação, não é confiável. “De acordo com ele, a tecnologia não ajuda em sua função de identificar plenamente uma pessoa por imagens de seu rosto em 95% do tempo” (UOL, online, 2022).

O reconhecimento facial é alvo de inúmeras críticas e publicações da imprensa americana que denunciam que pessoas negras estão sendo presos injustamente. Então, cabe o alerta à imprensa nacional, que pode colaborar com a justiça social ou com a criminalização injusta. É necessário saber de que lado o jornalismo ficará.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pessoas negras são as principais vítimas do reconhecimento fotográfico/pessoal errôneo no Brasil, pois, o preconceito e o racismo é uma das tristes realidades enfrentada por elas, resultando em ter que lidar com o estereótipo de bandido. O que, não por coincidência, não se difere da realidade da população



carcerária, que devido à falta de oportunidades e ao racismo institucional, em sua maioria, é composta por pessoas negras e pobres.

O Capítulo VII do CPP além de estar obsoleto não é seguido por quem tem competência de segui-lo, fato que acaba resultando na prisão injusta de inocentes. Além de ter que alterar o próprio Código de Processo Penal como intuito de tornar obrigatória a questão do procedimento de reconhecimento de forma mais eficaz e justa, é necessário especializar os policiais que trabalham necessariamente nesta situação com foco nos direitos humanos e não no imediatismo da acusação.

Conclui-se que, o reconhecimento pessoal pode ser uma prova valiosíssima para a investigação criminal, desde que abordado de maneira correta, pois os erros não são meros erros para aqueles que são submetidos a eles, podem ocasionar em danos irreparáveis, não mais a liberdade. Portanto, é preciso uma avaliação nos requisitos como também preparo adequado para os profissionais que realizarão este procedimento, ter uma base de roteiro para que não haja tendência a nenhum tipo de discriminação, principalmente do racismo.

Com isso, o objetivo foi de singelamente contribuir a preparar o terreno para as reflexões absolutamente necessárias à construção de protocolos eficazes tanto ao direito quanto ao jornalismo.



REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Projeto condiciona uso de reconhecimento facial a inviabilidade de outros meios de identificação. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/911976-projeto-condiciona-uso-de-reconhecimento-facial-a-inviabilidade-de-outros-meios-de-identificacao/>> [acesso em agosto de 2023]

ALMEIDA, Mirella Guedes. **Da Fragilidade do reconhecimento pessoal como prova no Processo Penal: Equívocos que afetam as vidas dos condenados.** Jus Brasil, [s. l.], 2022. Disponível em: <<https://periodicos.famig.edu.br/index.php/direito/article/view/230>> [acesso em maio de 2023].

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: abril de 2023.

CONSULTOR JURÍDICO. **As apresentam sugestões sobre reconhecimento de pessoas no novo CPP.** Consultor Jurídico, online, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-03/especialistas-apresentam-sugestoes-reconhecimento-pessoas-cpp>>. [acesso em agosto de 2023]

CORDAZZO, Karine; MENDES, Cintia. **Os riscos e falhas no reconhecimento pessoal do acusado.** Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, [s. l.], 2020. Disponível em: <<http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1040>> [acesso em agosto de 2023]

CUNHA, Rogério Sanches. STJ: **Para que seja válido, reconhecimento pessoal deve seguir diretrizes do art. 226 do CPP.** <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/direito-penal-e-processual-penal/valoracao-da-prova/e-valido-o-reconhecimento-de-pessoas-realizado-sem-a-observancia-dos-requisitos-do-artigo-226-do-cpp>> [Acesso em maio 2023]

DALUZ, Alexandre Salum Pinto. **A formalidade do reconhecimento pessoal e o perigo de sua relativização,** 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-formalidade-do-reconhecimento-pessoal-e-o-perigo-de-sua-relativizacao/206765301>> [acesso em abril de 2023]

DRUMMOND, Daniela. **A cobertura jornalística de crimes precisa mudar.** Disponível em <<http://manchetometro.com.br/2023/04/12/a-cobertura-jornalistica-de-crimes-precisa-mudar/>> [acesso em 27/07/2023]



ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral** (arts. 1º a 120). 8ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

FERREIRA, Vanessa. **O que é reconhecimento facial e como funciona esse mecanismo de segurança**. Disponível em: <<https://www.serasa.com.br/carteira-digital/blog/o-que-e-reconhecimento-facial-e-como-funciona-esse-mecanismo/>>. [acesso em agosto de 2023]

FUCCIA, Eduardo Velozo. **Reportagem policial: um jornalismo peculiar**. São Paulo: Realejo, 2008

GENTILLI, Victor. **Democracia de massas: jornalismo e cidadania**. Ed. PUCRS, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=kQFhFU18fLgC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>> [acesso em 01/08/2023]

GUARESCHI, Pedrinho A. **O Direito Humano à Comunicação: pela democratização da mídia**. Petrópolis, RJ: 2013.

Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). **Direito Penal para jornalistas – Material de apoio para cobertura de casos criminais**. Online. Disponível em <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2014/03/OlharCritico_Guia_16_04_comCapa.pdf> [acesso em 28/07/2023]

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Dossiê Feminicídio**. Disponível em <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/qual-o-papel-da-imprensa/>> [acesso em 28/07/2023]

KAPERSKY. **O que é reconhecimento facial – definição e explicação**, 2023. Disponível em: <<https://www.kaspersky.com.br/resource-center/definitions/what-is-facial-recognition>> [acesso em agosto de 2023]

LOPES JR, Aury **Processo penal**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2000.

LOPES JR, Aury **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury; OLIVEIRA. Jhonatan. **A influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova**. Consultor Jurídico. 2022. Disponível <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/limite-penal-racismo-estrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova>> [acesso em agosto de 2023]

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William. **Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, online,



2021.Disponívelem: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>> [acesso em junho de2023]

MEDEIROS, Flávio Meirelles. JusBrasil. **Artigo226ºCPP–Procedimento do reconhecimento de pessoas.** 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/artigo-226-cpp-procedimento-do-reconhecimento-de-pessoas/1114293416>> [acessoemmaiode2023]

MELO, Thayná; SILVA, Vitória; CARVALHO, Grasielle; SILVA, Ronaldo. **As condenações por reconhecimento fotográfico e a influência da seletividade racial no sistema punitivo brasileiro,** 2022. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/53589>> [acesso em junho de 2023]

MELO, Jairo Simão Santana; NEVES, Thiago Arruda e SANTOS, Luiz Eduardo dos. **Sistema de Apresentação Remota por Reconhecimento Facial.** Revista CNJ. Disponível em <<https://doi.org/10.54829/revistacnj.v6i2.389>>

MELO, Andreia Catarina de Almeida e. **Jornalismo de direitos humanos em contexto com a proximidade.** Universidade Beira Interior, 2021. Disponível em <https://ubibliorum.ubi.pt/bitstream/10400.6/11861/1/8335_18033.pdf> [acesso em 28/07/2023]

NÓBREDA, Antonieta Arcoverde. **O jornalismo assistente no processo penal português.** Online, disponível em <https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_29_Antonieta_Arcoverde_Nobrega.pdf> [acesso em 28/07/2023]

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal e execução penal- Apresentações esquemáticas da matéria.** Revista dos Tribunais, volume 8, São Paulo,2008.

OLHAR DIGITAL. **90% dos presos por reconhecimento fácil ano Brasil são negros.** Disponível em <<https://olhardigital.com.br/2019/11/22/noticias/dos-presos-por-reconhecimento-facial-no-brasil-sao-negros/>> [acesso em agosto de 2023]

OLIVEIRA, Isabella Almeida de. **A (in) eficácia do reconhecimento pessoal como fator para verificação da culpabilidade,** online, 2022. Disponível em <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/34821/1/Alnec%C3%A1ciaDo.pdf>> [acesso em junho de 2023]

PACHECO, Denis. **Cobertura jornalística de crimes influencia opinião pública antes de julgamento, sugere estudo.** 2016, online. Disponível em <<https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/cobertura-jornalistica-de-crimes->



[influencia-opinio-publica-antes-de-julgamento-sugere-estudo/>](#) [acesso em 28/07/2023]

PETRUCCELLI, José Luiz e SABOIA, Ana Lúcia. **A classificação racial atualmente empregada pelo IBGE distingue as variedades pela característica “cor da pele” que pode ser branca, preta, amarela e parda.** IBGE, 2013. Disponível em: <[liv63405.pdf](#)> [acesso em junho de 2023]

ROSA, Alexandre Moraes e CANI, Luiz Eduardo. **O uso de inteligência artificial no processo penal é compatível com a oralidade?**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-18/limite-penal-uso-inteligencia-artificial-processo-penal>> [acesso em agosto de 2023]

SANTANA, Ruan Gabriel da Paixão. **A influência do racismo estrutural no reconhecimento fotográfico de suspeitos negros em sede policial.** Disponível em: <<https://ceafpesquisa.mpba.mp.br/textos/a-influencia-do-racismo-estrutural-no-reconhecimento-fotografico-de-suspeitos-negros-em-sede-policial/>> [acesso em maio de 2023]

SOUZA, Luma Gomides de. **Serial Killer: discussão sobre a imputabilidade.** São Paulo: Baraúna, 2010

TONETTO, Leonardo Roza. **O reconhecimento fotográfico e as engrenagens do racismo estrutural.** Disponível em <<https://www.oabes.org.br/artigos/o-reconhecimento-fotografico-e-as-engrenagens-do-racismo-estrutural-129.html>> [acesso em maio de 2023]

TRAQUINA, Nelson. **Porque as notícias são como são: a tribo jornalística – uma comunidade interpretativa transnacional.** 2. Ed. Florianópolis: Insular, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **É válido o reconhecimento de pessoas realizado sem a observância dos requisitos do artigo 226 do CPP?** Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, online, 2022. Disponível <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/direito-penal-e-processual-penal/valoracao-da-prova/e-valido-o-reconhecimento-de-pessoas-realizado-sem-a-observancia-dos-requisitos-do-artigo-226-do-cpp>> [acesso em agosto de 2023]

UOL. **Reconhecimento fácil não funciona 95% das vezes, diz Polícia de Detroit.** Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/06/30/reconhecimento-facial-nao-funciona-95-das-vezes-diz-policia-de-detroit.htm>> [acesso em agosto de 2023]



VERENICZ, Marina. **No Rio, 80% dos réus absolvidos por erros em reconhecimento fotográfico ficaram mais de um ano presos.** Revista Carca Capital online. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/justica/no-rio-80-dos-reus-absolvidos-por-erros-em-reconhecimento-fotografico-ficaram-mais-de-um-ano-presos/>> [acesso em agosto de 2023]



A MEDIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO MANOBRAS EMPRESARIAIS: ALTERNATIVAS AOS TRABALHADORES E PEQUENOS CREDORES

MEDIATION IN JUDICIAL RECOVERY AS A BUSINESS MANEUVER:
ALTERNATIVES FOR WORKERS AND SMALL CREDITORS

Alexandre da Rosa¹

Priscila Luciene Santos de Lima²

Gessuelyton Mendes de Lima³

Resumo: O presente artigo abordará a Lei 11.101/05 e Lei 14.112/2020, as quais disciplinam sobre a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Para tal, desenvolve-se uma pesquisa de abordagem qualitativa, de procedimento bibliográfico amparada na legislação vigente, além da literatura referente ao tema abordado. Serão coletadas jurisprudência, mecanismos da recuperação judicial, o rito para a recuperação judicial, sugestão de mecanismos controles e seguros para maior proteção dos pequenos credores e trabalhadores. No atual cenário há um crescimento de empresas ingressando com o pedido de recuperação judicial tanto no Brasil quanto no exterior, o que justifica o estudo. O foco deste, contudo, será apenas no cenário brasileiro, relacionado ao cenário hodierno das empresas, ligado ao cenário da pandemia e pós-pandemia.

Palavras-Chave: Pequenos credores. Recuperação judicial. Trabalhadores.

Abstract: This article will address Law 11.101/05 and Law 14.112/2020, which govern judicial recovery, extrajudicial recovery and bankruptcy of the business person and the business company. To this end, a research with a qualitative approach is carried out, with a bibliographic procedure supported by current legislation, in addition to the literature related to the topic addressed. Jurisprudence will be collected, judicial recovery mechanisms, the rite for judicial recovery, suggestion of control and insurance mechanisms for greater protection of small creditors and workers. In the current scenario, there is a growth of companies filing for judicial recovery both in Brazil and abroad, which justifies the study. The focus of this, however, will be only on the Brazilian scenario, Related to the current scenario of companies, linked to the pandemic and post-pandemic scenario.

¹ Bacharelando no curso de Direito no Centro Universitário UniEnsino.

² Pós-doutora em Novas Tecnologias e Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria - ITÁLIA. Líder de Grupos de Pesquisa junto ao CNPq. Integrante do Banco de Avaliadores (BASIS) do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes), pelo INEP / MEC. Diretora Editorial e Membro do Conselho Científico de diversos Periódicos, nacionais e internacionais. Pró-reitora de Ensino, Pesquisa e Extensão do Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/7325012453913306>>.

³ Mestrando do Programa de Mestrado Profissional em Meio Ambiente Urbano e Industrial da UFPR - PPGMAUI. Pós Graduando em Engenharia Florestal e Engenharia e Gestão Ambiental. Associado da Associação de Peritos do Paraná - APEPAR. Membro do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia do Paraná - IBAPE/PR. Associado da APEAM - Associação Paranaense dos Engenheiros Ambientais. Professor Universitário. Professor Conteudista. Colunista do Canal Araucary. Operador de navios não tripuláveis. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9775407414426080>>.

Keywords: Small creditors. Judicial recovery. Workers.

INTRODUÇÃO

A temática perpassará o direito civil, empresarial e tangenciará o direito penal. Quando há um processo legítimo de recuperação judicial a tramitação pertence ao âmbito do direito civil e empresarial. No entanto, quando há dolo em requerer a recuperação judicial com o objetivo de garantir bens particulares, fraudando credores em vários níveis, ou mesmo com o intuito de singelamente conseguir moratória para os débitos contraídos, chamado tecnicamente de “*haircut*”, em tese poderão determinadas condutas serem enquadradas tipicamente no direito penal.

O objetivo deste trabalho é de alguma forma contribuir com o estabelecimento de novos controles, metodologias, com a instituição de seguros, para que credores minoritários e trabalhadores tenham mais chance de terem seus direitos atendidos e garantidos.

A Lei 11.101/05 e Lei 14.112/2020, que disciplinam a recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, possui exceções que serão abordados à diante. Tal legislação passou por modificações e atualizações desde a sua criação, motivo pelo qual a Lei 14.112/2020 foi chamada de Nova Lei de Recuperação Judicial e Falência.

Apesar da necessidade da Lei, esta não pode ter seus propósitos subvertidos. O tema abordado, tem uma relação significativamente ligado ao processo pandêmico que tivemos em 2019, bem como agora estamos perpassando pelo processo pós-pandêmico.

O processo de recuperação judicial é um instrumento que tem como objetivo proporcionar a empresa superar situação de crise econômico-financeira, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A preservação da empresa é de extrema relevância, pois como abordado no parágrafo anterior, somente com a sua continuidade será possível atender a sua finalidade, no entanto, ações tomadas erroneamente, resultam na perda de empregos, geração de riqueza, sendo um exemplo recente foram as empresas envolvidas na lava jato, cujo objetivo era punir seus sócios e representantes, mas infelizmente houveram

grandes sanções para as empresas, gerando uma redução no segmento da construção civil pesada e grande volume de pessoas desempregadas.

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO MANOBRA EMPRESARIAL PARA MORATÓRIA DE DÉBITOS

Primeiramente neste parágrafo, será exposto as exceções da Lei 11.101/05 Brasil, para requerer a recuperação judicial conforme contido no art. 2º, ou seja, as pessoas jurídicas abaixo, não podem solicitar a recuperação judicial.

I – empresa pública e sociedade de economia mista;
II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Portanto, as empresas acima, possuem são enquadradas em outras legislações que não serão abordadas neste artigo.

Neste parágrafo, a Lei 14.112/2020 trouxe modernização nos seguintes assuntos:

período de suspensão das execuções, prioridade na tramitação, constatação prévia, consolidação processual e substancial, plano de recuperação judicial proposto por credores, crime falimentar, tentativa de conciliação antecedente à recuperação judicial, competências do administrador judicial, substituição de deliberações realizadas em assembleia geral de credores, parcelamento da dívida tributária e recuperação Judicial do produtor rural. (LIMA, 2021)

Seu regramento tem um rito próprio, o qual precisa ser atendido para solicitar a recuperação judicial, conforme descrito na Lei nº 11.101/2005, dentre eles estão no art. 48. No mesmo artigo, nos incisos I ao IV, constata-se a necessidade de atender uma questão temporal, de existência da empresa, para que possa solicitar a requisição da recuperação judicial, no entanto, infelizmente, no Brasil as micro e pequenas empresas acabam não atingindo este tempo de existência, vindo a sucumbir antes desse tempo.

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:
I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;



- II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;
- III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;
- IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

No art. 48 entre os parágrafos 1º ao 5º, trata a respeito de quem poderá requerer a recuperação judicial na ausência do sócio da empresa, bem como toda a documentação necessária, ser apresentada para que seja realizada à análise do requerimento para o que seja deferido ou não a solicitação:

§ 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

§ 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente.

§ 3º Para a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente.

§ 4º Para efeito do disposto no § 3º deste artigo, no que diz respeito ao período em que não for exigível a entrega do LCDPR, admitir-se-á a entrega do livro-caixa utilizado para a elaboração da DIRPF.

§ 5º Para os fins de atendimento ao disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, as informações contábeis relativas a receitas, a bens, a despesas, a custos e a dívidas deverão estar organizadas de acordo com a legislação e com o padrão contábil da legislação correlata vigente, bem como guardar obediência ao regime de competência e de elaboração de balanço patrimonial por contador habilitado.

No art. 48-A, trata especificamente de empresas enquadradas como companhias abertas, que nada mais são conhecidas como empresas denominadas sociedades anônimas com capital aberto, ou seja, listadas na bolsa de valores.

Art. 48-A. Na recuperação judicial de companhia aberta, serão obrigatórios a formação e o funcionamento do conselho fiscal, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, enquanto durar a fase da recuperação judicial, incluído o período de cumprimento das obrigações assumidas pelo plano de recuperação.

Em 2023 houve crescimento alarmante nos números de solicitações de recuperação judicial, conforme publicação pela na revista VEJA de 12 de abril de 2023, edição nº 2836:



depois de um período de queda durante a pandemia, o número de empresas com pedidos de recuperação judicial no Brasil cresceu exponencialmente. Em 2022, graças aos estímulos como adiamento de pagamento de dívidas e juros mais baixos, foram 866 casos. Nos dois primeiros meses deste ano, 195 empresas já entraram em recuperação judicial. Diante desse quadro, a consultoria Alvarez & Marsal, especializada em processos de reestruturação de empresas, como os das Lojas Americanas e do Grupo Petrópolis, estima que os pedidos cheguem a 1 300 em 2023, crescendo 60% frente ao ano passado. (ZANOBIAS e MENDES, 2023)

Isso se deu principalmente pela alta de juros e redução das linhas crédito, após período em que o governo adotou baixas taxas de juros e disponibilização de linhas de crédito no período da pandemia com intuito de que as empresas pudessem manter suas atividades e manutenção dos empregos. No entanto, ao final deste período pandêmico, houve um efeito rebote, ou seja, veio à tona os problemas das empresas.

Contudo, em processos de recuperação judicial onde aparentemente há dolo, as empresas envolvidas muitas vezes realizam o levantamento da recuperação antes do prazo legal estabelecido por lei, de dois anos, com isso se fortalecendo desproporcionalmente, obtendo de certa forma enriquecimento ilícito.

2.1 A posição dos credores na Recuperação judicial e suas modalidades

A posição para pagamento dos credores prioriza a satisfação de determinados credores - em especial os trabalhadores da empresa que aderiu ao processo de recuperação judicial e não obteve êxito - advindo consequentemente o processo falimentar.

A Lei 11.101/05 distribui os débitos em classes e grupos, organizando-os hierarquicamente numa ordem de prioridades e materializando, assim, o princípio *par conditio creditorum*. A Nova Lei de Recuperação e Falência 14.112/20 promoveu ampla reforma na lei originária (11.101/050) quanto à ordem de classificação de créditos.

A interpretação sistemática da Lei de Falências, de acordo com sua nova redação, permite a organização dos créditos em um concurso de preferências que dispõe uma ordem de satisfação. Como na recuperação judicial, na falência existem créditos considerados extraconcursais (art. 84) que serão pagos antes de todos os demais, tais como as remunerações do Administrador Judicial, peritos, encargos trabalhistas devidos após a decretação da falência, valores fornecidos à massa por credores, despesas com a arrecadação e gestão dos ativos, custas judiciais devidas

pela massa e as obrigações e tributos de atos praticados após a decretação da falência (MORAIS, 2021).

No entanto, no julgado pelo STJ REsp 1.812.143-MT, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 09/11/2021, DJe 17/11/2021 (STJ, 2019) são equiparados ao crédito trabalhista os créditos de honorários advocatícios, mesmo os de sucumbência, sendo assim, possuem preferência no recebimento até o limite de 150 salários mínimos, revisto para os créditos trabalhistas na falência, nos termos do artigo 83, I, da Lei 11.101/2005, ficando o restante na classe dos quirografários, o que venha exceder essa quantia, será convertido em créditos quirografários, conforme REsp 1.649.774/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator), julgado em 12/02/2019 (STJ, 2022).

Além disso, existem situações em que se procederá à restituição de bens que não eram da massa e que não mais existem, convertidos em dinheiro, bem como dos contratos de adiantamento de câmbio.

Após esses pagamentos, iniciam-se os pagamentos dos credores concursais segundo a lista do artigo 83, da Lei nº 11.101/2005 (MORAIS, 2021).

- I – os créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho;
- II – os créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado;
- III – os créditos tributários, independentemente da sua natureza e do tempo de constituição, exceto os créditos extraconcursais e as multas tributárias;
- VI – créditos quirografários, a saber:
 - a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
 - b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; e
 - c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;
- VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluídas as multas tributárias;

Feitas as ressalvas supra, e observada a sequência na qual devem ocorrer os pagamentos, torna-se necessário analisar o risco de lesão aos pequenos credores.

3. O RISCO DE LESÃO E PREJUÍZOS AOS TRABALHADORES E PEQUENOS CREDITORES E/OU PREFERENCIAIS CREDITORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Hodiernamente, há três classificações de empresas no âmbito do tema tratado, sendo Micro Empreendedor Individual (MEI), Micro Empresa (ME) e Empresa de



Pequeno Porte (EPP), é classificação se dá por faturamento, para o MEI – R\$ 81 mil ao ano, ME – até R\$ 360 mil ao ano, exceto MEI e por fim EPP de R\$ 360 mil a R\$ 4,8 milhões ano, conforme Lei Complementar 123/2006. (BRASIL, 2.022)

É sabido que dentre as empresas existentes no país, 90% é composto por micro e pequenas empresas, conforme apresentado na Revista Jurídica UniCuritiba, Curitiba.V.05, n.62, p. 211, sendo responsável as micro e pequenas empresas pela geração de 52% de carteira assinada e 40% dos salários pagos, bem como representa 27% PIB. (ALMEIDA, ALVES e GONÇALVES, 2021)

Já em outra pesquisa, mais recente da no Portal do Sebrae de 05 de outubro de 2022 dia da micro e pequena empresa, evidência ainda mais a relevância dessas empresas, pois, são responsáveis 30% do PIB do País, 72% criação de novos postos de trabalho no 1º semestre de 2022 e são 99% das empresas do Brasil (SEBRAE, 2022).

Quanto ao risco de lesão e prejuízos aos pequenos credores, sendo eles empresas de pequeno porte e trabalhadores, há preferência de recebimento os trabalhadores limitados aos 150 salários mínimos quando há decretação da falência, conforme a legislação em vigor, previsto no art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005. O excedente será convertido em crédito quirografário e, assim, aguardará o momento apropriado de pagamento.

Por este motivo ficam expostos a um maior risco de lesão as empresas de pequeno porte pois geralmente apresentam uma condição frágil econômico-financeira e, assim, há risco de ingressar diretamente no processo falimentar pois não apresentam um arcabouço e estrutura administrativa, financeira e jurídica para pleitear a moratória visando obter tempo suficiente repactuar os compromissos junto aos credores.

Dentre as pesquisas realizadas vale transcrever o julgado processo no 1099468-13.2020.8.26.0100, do TJSP (AGUIAR, 2020), em que o magistrado Paulo Furtado, da 2ª Vara de Recuperações Judiciais e Falências de São Paulo, entendeu que a exclusão da classe IV não prejudicaria a recuperação da fabricante. “A crise da recuperanda pode ser superada sem necessidade de atingir os credores microempresários e empresários de pequeno porte”, diz. Da decisão ainda cabe recurso ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP, 2020).

O magistrado Paulo Furtado adiciona que incluir esses credores seria uma medida desproporcional, “que impõe pesado ônus a quem justamente não poderá se

valer de uma recuperação judicial em caso de crise, em razão do elevado custo do processo, insuportável para pequenos empresários”. (AGUIAR, 2020)

No entanto, a decisão é contrária à luz da legislação vigente que o artigo 49, da Lei no 11.101, de 2005, é claro ao afirmar que “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”.

O entendimento da advogada Maria Fabiana Dominguez Sant’Ana, sócia do PGLaw (AGUIAR, 2020), esclarece que, caso os dirigentes venham cumprir a decisão do magistrado Paulo Furtado, podem responder por crime falimentar previsto no artigo 172, da Lei de Recuperação e Falências, cujo artigo prevê detenção de dois a cinco anos e multa para aquele que favorecer determinado credor antes ou depois da sentença que concedeu a recuperação judicial.

3.1 Procedimentos necessários para reduzir riscos de lesão e/ou prejuízo a credores no procedimento de recuperação judicial

É preciso analisar e buscar ferramentas de proteção aos credores minoritários e trabalhadores para amenizar o problema. Isto porque, além de perderem muitas vezes a principal fonte de renda, pela sucumbência do grupo empresarial, ficam envolvidos em problemas por longo tempo, correndo o risco de que ao final seus direitos não sejam atendidos.

A pretensão do presente trabalho é discutir a proposição mecanismos de proteção aos credores minoritários e trabalhadores. Isto com a utilização de mecanismos já existentes, bem como de outros advindos de estudo mais aprofundado desta instigante temática.

Os procedimentos existentes para mitigar os riscos de lesão e/ou prejuízo estão dispostos nos Art. 39, 75 e 167 da Lei 11.101/2005, no entanto, é necessário criar novos mecanismos, para assegurar no procedimento da recuperação judicial, seja satisfeito os pequenos créditos, para as empresas que são classificadas MEI, ME e EPP.

Para alguns mecanismos a punição mais severa aos administradores / donos de empresas nos casos de crime falimentar que será abordado no próximo subcapítulo.

No entanto, a criação de seguros ou equivalentes a eles, conforme o porte da empresa devedora, deverá contratar apólice de seguro, pois, em caso de recuperação judicial, seria acionado esta apólice de seguro e o pagamento parcial ou até mesmo



total dos créditos existentes, com isso, as micro e pequenas empresas não teriam reflexo tão negativo nas suas atividades, visto terão recebido em parte ou a totalidade os seus créditos e não terem que aguardar todo o processo de uma recuperação judicial, onde o credor além de geralmente ser coagido a dar um desconto no valor que tem direito, demandará de 1 a 2 anos para receber, desde que a empresa não venha ser decretada a sua falência.

Observando a história brasileira, nas crises econômicas/financeiras que o país enfrentou, foi necessário serem estabelecidos mecanismos, para preservar o consumidor. Setores relevantes do Brasil tais como sistema financeiro, consórcios, construção civil, planos de saúde, as autarquias melhoraram suas ferramentas de fiscalização, mas o mais efetivo, foi a criação de seguros ou mesmo a necessidade de garantias para poderem continuar operando.

No sistema financeiro foi criado o FGC (Fundo Garantidor de Crédito), onde o cliente que possui valores aplicados tem a garantia de receber até a importância de R\$ 250 mil, por CPF ou CNPJ, por instituição.

Já nos consórcios estão submetidos a fiscalização do Banco Central, que devolveu ferramentas de fiscalização acompanham como está a saúde financeira das empresas atuantes neste seguimento, além da necessidade das mesmas, depositarem os recursos recebidos dos consorciados dentro das políticas estabelecidas na Lei 11.795/2008 – conhecida como a Lei dos Consórcios.

Um case que mobilizou, o setor da construção civil, na década de 90, foi a falência da empresa Encol, foram criados instrumentos como o patrimônio de afetação ou as empresas de propósito específico, que nada mais é, abertura de um CNPJ, para cada empreendimento, desta forma há a mitigação do risco, pois os recebimentos de um empreendimento poderão serem aplicados apenas na obra que se deu a origem do recebimento.

A empresa Encol foi fundada em 1961 pelo engenheiro Pedro Paulo de Souza, em Goiânia. A empresa atuava, inicialmente, no setor da construção civil. Posteriormente, diversificou suas atividades entre diversos outros setores como a fabricação de tintas, portas e esquadrias, ou seja, procurou verticalizar o seu negócio. A falência da Construtora Encol, se deu em 1999, onde na época deixou de concluir 42 mil empreendimentos e ficaram sem emprego 23 mil funcionários. (BRAGA, 2022.)

A principal problema que levou a empresa a falência, foi uma questão de fluxo de caixa, pois, como havia passado diversas crises, manteve o mesmo modelo de

negócio, era sempre estar lançado novos empreendimentos, e para atrair os compradores aceitava carros, telefones ou outros imóveis. A empresa chegou a garantir a recompra de apartamentos, pagando os juros de correção. A ordem era não parar de vender.

Com o passar dos anos, o modelo tornou-se insustentável de administração acabou gerando uma oferta de imóveis que o mercado não conseguiu absorver, e deixou a Encol sem fluxo de caixa e em pleno declínio.

Portanto, conforme já mencionado anteriormente, foi necessário a criação de um mecanismo para mitigar os riscos para os compradores, denominado o Patrimônio de Afetação, os bens referentes a uma obra têm finalidade específica e não podem ser utilizados pela incorporadora para outro fim que não a conclusão do empreendimento.

Neste modelo, a incorporadora não pode mais utilizar os recursos de uma obra para alavancar e iniciar outras.

O dinheiro das vendas não vai para o caixa central da incorporadora. Ele fica em uma conta separada, destinada à obra. Assim a garantia de que a obra será entregue é muito maior.

É fácil de perceber que a instituição do Patrimônio de Afetação confere muito mais segurança de que o empreendimento será concluído, já que o dinheiro da obra deve ser utilizado nela mesma. (URBE.ME, 2019)

No caso das operadoras de planos de saúde, as empresas estão submetidas a fiscalização da ANS (Agencia Nacional de Saúde Suplementar), responsável pela regulação do mercado, tanto nos aspectos assistenciais como naqueles ligados à atividade econômica, algumas das sanções as empresas é a impossibilidade de venda de novos planos até que seja atendida as exigências apontadas, de acordo com o porte da empresa de saúde é necessário que a empresa, realize a caução de recursos financeiros, e os mesmos serão aplicados em instituições dentro do regramento estabelecido pela ANS, para fique o usuário assegurado que possa utilizar o serviço da operadora do plano de saúde.

Importante destacar, antes da criação da ANS pela Lei nº 9.661/00, as operadoras de plano de saúde, não estavam sujeitas a Lei nº 11.101/05 que versa sobre Lei de falência e de recuperação judicial. Pois, eram regidas pela Lei 9.656/98, que dispunha no Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial.

Com advento da criação da ANS, possibilitou as operadoras de planos de saúde, estarem sujeitas a Lei 11.101/05, "...com o intuito de preservar o direito à saúde dos segurados, bem como os interesses da sociedade, poderá requerer a falência ou insolvência civil da operadora de serviços de saúde." (RODRIGUES, 2021).

Portanto, todo processo de crise superado, há criação ou melhoria de novos mecanismos de regulamentação, controle, bem como instrumentos para auxiliar na continuidade da empresa. Tendo em vista, a função social que a empresa possui.

3.2 Crimes em espécie nos casos na recuperação judicial e/ou falência

Os crimes falimentares podem ocorrer nas recuperações judiciais, e para isso abaixo segue o sua conceituação, os crimes falimentares são:

"São crimes falimentares atos fraudulentos cometidos por devedores ou terceiros de empresas insolventes em detrimento dos credores, com a finalidade de alcançar benefício a companhias falidas, as que receberam concessão de recuperação judicial ou as organizações que tiveram recuperação extrajudicial homologada. Também é crime praticar conduta que favoreça um ou mais credores, prejudicando os demais". (MJR ADVOGADOS)

Quando é identificado que existiu um crime falimentar, é necessário, identificar qual ou quais foram o agentes que o cometeram. Abaixo se tem quais os agentes possíveis:

São considerados terceiros os técnicos, contadores, juízes, auditores, representantes do Ministério Público, administrador judicial, perito, avaliador, escrivão, oficial de justiça, leiloeiro etc, que tenham interesse em obter alguma vantagem para si ou outro. (MJR ADVOGADOS)

Os crimes em espécie, são contemplados na Lei 11.101/2005, iniciando no art. 168 até o art. 188, no entanto, houveram poucas atualizações neste âmbito na Nova Lei de Recuperação e Falência 14.112/2020.

Com a vigência da Lei nº 11.101 de 2005, o inquérito judicial falimentar deixou de existir, passando a competência a polícia judiciária, adotando a utilização do inquérito policial, como meio de investigação dos crimes falimentares, de forma facultativa e não obrigatória.

O art. 187, da Lei 11.101/2005 determina que não cabia mais ao juiz presidir o inquérito, sendo reservado ao mesmo somente os atos decisórios, deixando com que

as investigações fossem realizadas através de uma autoridade policial, presidido por um Delegado de Polícia.

Foi identificado que ocorreu um retrocesso, com a extinção do inquérito judicial, pois tal inquérito trazia uma maior observância das garantias constitucionais ao investigado, tendo em vista que o procedimento era realizado com a presença de um magistrado e havia o contraditório e a ampla defesa.

Com a redação da nova Lei de Falências, passou a ser previsto, de forma facultativa, o inquérito policial, que se refere a uma peça investigativa e inquisitorial. Diante deste contexto grande parte da doutrina entendeu que esta modificação na lei apresentou um retrocesso legislativo, eis que sustentam não haver o contraditório e a ampla defesa no Inquérito Policial, além de haver mais possibilidades de prescrição dos crimes e a falta de especialização das Delegacias que os investigam.

No art. 184, os crimes previstos na Lei 11.101/2005 são de ação penal pública incondicionada, ou seja, cabe ao Ministério Público a iniciativa e a titularidade da ação penal incondicionada, para todos os crimes falimentares. Para que haja denuncia há necessidade que o promotor reconheça e identifique os indícios de autoria e de materialidade.

Portanto, o rito a ser seguido para o Procedimento da Ação Penal, apresentado pelo autor é: a) Ministério Público, b) sujeito ativo, c) condição objetiva de punibilidade, ação subsidiária da pública, e) rito processual, f) procedimento criminal e g) inquérito policial. (BARROS, 2014, p. 91-93)

Perpassaremos a respeito das tipificações dos crimes falimentares, para que possamos assim identificar conduta antijurídica, típica e culpável que possa agravar a crise em que o devedor se encontra, prevendo sanções para o mesmo, através da recuperação ou da falência.

Temos como tipificação de crimes falimentares na Lei de Recuperação e Falência 11.101/2005: Art. 168 - fraude a credores, Art. 169 - violação de sigilo empresarial, Art. 170 - divulgação de informações falsas, Art. 171 - indução a erro, Art. 172 - favorecimento de credores, Art. 173 desvio, ocultação ou apropriação de bens, Art. 174 aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens, Art. 175 - habilitação ilegal de crédito e Art. 176 - exercício ilegal de atividade, Art. 177 - violação de impedimento e Art. 178 - omissão dos documentos contábeis obrigatórios.

No entanto, quanto a punição, a mesma é considerada branda quanto a restrição da liberdade, pois, via de regra, a pena é de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro)

anos e multa, com exceção: – Fraude a credores, onde a pena de reclusão é de 3 (três) a 6 (seis) anos e multa. Isto posto o máximo seria um regime semiaberto.

Avaliando pelo prisma, dano que pode ser causado na economia, do Município, Estado ou mesmo ao País, levando a um efeito em cascata de outras empresas de pequeno porte a serem levadas a falência, devido ao crime falimentar.

Com já mencionado no capítulo 3, as micro e pequenas empresas são a maioria esmagadora responsáveis pela geração de empregos no país, sendo assim é necessário, que seja revisto as punições para as pessoas que cometerem crimes falimentares, sendo sanções mais severas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, as economias globais estão perpassando por um período de crise, advindo de uma pandemia denominada COVID-19, que acarretou na morte de milhões de pessoas, deixando sequelas no âmbito orgânico e psicológico, onde, talvez levará muitos anos para que estas consequências venham a serem superadas.

Foram dois anos, enfrentados com tentativas, pois, não se tinha uma referência em como agir.

No campo científico, haviam várias vertentes em como proceder, alguns orientavam lockdown, outros orientavam a procura do sistema de saúde, apenas em no agravamento dos sintomas, outros com medicações sem eficácia comprovada e por fim vacinas, que foram desenvolvidas em tempo recorde, no entanto, com muitos efeitos colaterais conhecidos e desconhecidos.

O reflexo de tudo isso, é que a humanidade, mais uma vez foi posta a prova e obteve uma vitória, mas ainda é desconhecido as sequelas que surgirão. É sabido que a saúde mental, das pessoas foi muito abalada, conforme dados da OMS (Organização Mundial da Saúde), com o aumento em 25% na prevalência de ansiedade e depressão em todo o mundo, principalmente em jovens e mulheres ¹¹.

Tudo isso o que teria relação com a recuperação judicial e falência?

As empresas existem para atender as necessidades das pessoas. Apesar de ser algo lógico as empresas são comandadas, dirigidas por pessoas.

As pessoas, portanto, passaram por dois anos num campo desconhecido, onde diversos seguimentos tiveram grande perdas em suas receitas, dentre esses seguimentos de turismo, hotelaria, aviação, shopping centers, construção, comercio e prestação de serviço em geral, exceto aos ligados ao setor de saúde. Como

consequência as empresas se endividaram, com disponibilização de linhas de crédito feito pelo governo, além de outras ações, para poderem dar continuidade em suas atividades.

No entanto, a conta chegou, muitas empresas conforme já abordado anteriormente, estão pleiteando a Lei 11.101/2005 e 14.112/2020 LRF (Lei de Recuperação Judicial e Falência). Entretanto, as empresas que aderem a essas leis são empresas de médio e grande porte, que possuem o arcabouço para isso.

Já as micro e pequenas empresas, apesar de terem direito a aderirem a Lei 11.101/2005 e 14.112/2020, acabam ficando a margem, pois muitas empresas, não possuem estrutura jurídica, financeira, administrativa, profissional para pleitearem a recuperação judicial.

O reflexo disso, é que infelizmente, teremos um elevado número micro e pequenas empresas fechando, sendo essas as maiores geradoras de empregos no país.

Talvez, para haja a mitigação nos problemas de recebimentos, para as micro e pequenas empresas, essas empresas venham ter uma assistência ainda maior do Sistema S (organizações das entidades corporativas voltadas para o treinamento profissional, assistência social, consultoria, pesquisa e assistência técnica), pois estando, os administradores dessas empresas, melhores qualificados, sendo mais um mecanismo para amenizar problemas em processos de recuperação judicial e falência.

Ampliação no número de varas especializadas, com a formação de grupos interdisciplinares, com o intuito de encontrar solução e até o mesmo privilegiar as micro e pequenas empresas no recebimento dos créditos.

Ampliação do número de empresas que desenvolvem a atividade de fundo de aval, como FAMPE é o Fundo de Aval para as Micro e Pequenas Empresas que o SEBRAE disponibiliza nos bancos conveniados, com maiores limites de crédito, prazo de pagamento e taxas de juros mais adequadas as micro e pequenas empresas.

Por fim, uma maior ingerência dos governos tanto da União, Estados e Municípios, no que tange a qualificação dos empreendedores, companhias regionais, acompanhamento do desenvolvimento das micro e pequenas empresas.

Alguns exemplos são as incubadoras, que são organizações que podem estar vinculadas as instituições de ensino públicas ou privadas, prefeituras, e até mesmo iniciativas empresariais independentes do município, onde em Curitiba, bem como



FIEP (Federação das Indústrias do Estado do Paraná), existem essas incubadoras tendo por finalidade difundir a cultura empreendedora e ser uma alternativa de geração de novos negócios, empregos e renda.



REFERÊNCIAS

AGUIAR, Adriana. VALOR. JUSTIÇA RETIRA PEQUENOS CREDORES DE PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. In site. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/11/26/justica-retira-pequenos-credores-de-processo-de-recuperacao-judicial.ghtml>>. Acesso em 17 maio 2023.

ALMEIDA, Thalita; ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; GONÇALVES, Rubén Miranda. FINANCIAMENTO DO DEVEDOR EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID-19 PARA O EMPRESÁRIO BRASILEIRO. Revista Jurídica, [S.l.], v. 2, n. 64, p. 203 - 234, ago. 2021. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5296>>. Acesso em: 10 abr. 2023. doi: <<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v2i64.5296>>.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. In MANUAL DO DIREITO EMPRESARIAL MULTIFACETADO. v. III, Aracaju: Edição do Autor | PIDCC, 2014, p.91-93.

BRAGA, Paula. Caso Encol: Justiça determina pagamento de R\$ 210 mi a ex-funcionários. In Metrópoles. Disponível em: <https://www.metrópoles.com/brasil/caso-encol-justica-determina-pagamento-de-r-210-mi-a-ex-funcionarios>. Acesso em: 27-maio – 2023.

BRASIL. LEI Nº 14.112, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2020. Dispõe sobre Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Este texto não substitui o publicado no DOU de 26.3.2021 - Edição extra D e republicado em 30.3.2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm>. Acesso em : 08 abr 2023.

BRASIL, 2022. Receita Federal. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2019/porte-de-empresas-esclareca-todas-as-suas-duvidas>>. Acesso em 28 maio 2023.

BRASIL. LEI Nº 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Este texto não substitui o publicado no DOU de 9.2.2005 - Edição extra. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 08 abr 2023.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Honorários sucumbenciais de sociedade de advogados se equiparam a crédito trabalhista na recuperação. REsp 1.785.467. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/01092022-Honorarios-sucumbenciais-de-sociedade-de-advogados-se-equiparam-a-credito-trabalhista-na-recuperacao.aspx>>. Acesso em 09 abr 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO ESPECIAL Nº 1.812.143 - MT. (2019/0121355-1). Disponível em: Get InteiroTeor Do Acordao (stj.jus.br). Acesso em 09 abr 2023.

MORAIS, Juliana. Qual é a ordem de pagamentos na Falência? Disponível em: <<https://www.julianamorais.adv.br/post/qual-%C3%A9-a-ordem-de-pagamentos-na-fal%C3%Aancia>>. Acesso em: 08 abr 2023.

MORAIS, Junior advogados. O que é um crime falimentar, quem pode cometê-lo? In Blog. Disponível em: <<https://www.moraesjradv.com.br/blog/o-que-e-um-crime-falimentar-quem-pode-comete-lo/>>. Acesso em: 13 maio 2023.

OPAS. Pandemia de covid-19 desencadeia aumento de 25% na prevalência de ansiedade e depressão em todo o mundo. Disponível em: Pandemia de COVID-19 desencadeia aumento de 25% na prevalência de ansiedade e depressão em todo o mundo - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde (paho.org). Acesso em 09 abr 2023.

PEGHINI, CESAR CALO; YABUYA, MARIANA SALMAZO. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIRETRIZES DO INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION SOBRE ARBITRAGEM. Percurso, [S.l.], v. 1, n. 43, p. 01 - 33, abr. 2023. ISSN 2316-7521. Disponível em: <<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/6307/371374260>>. Acesso em: 10 abr. 2023. doi: <<http://dx.doi.org/10.21902/RevPercurso.2316-7521.v1i43.6307>>.

RODRIGUES, Thiago Augusto Tromps. Possibilidade de decretação de falência das operadoras de plano de assistência à saúde. In. Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/94985/possibilidade-de-decretacao-de-falencia-das-operadoras-de-plano-de-assistencia-a-saude>>. Acesso em 13 maio 2023.

URBE.ME, 2019. In Patrimônio de afetação: Lições do caso Encol. Disponível em: <<https://dinheirama.com/patrimonio-de-afetacao-lico-es-do-caso-encol/>>. Acesso em 02 MAIO 2023.



SEBRAE, 2022. In Dia da Micro e Pequena Empresa evidencia a importância dos empreendedores para o Brasil. Disponível em: <<https://agenciasebrae.com.br/brasil-empendedor/dia-da-micro-e-pequena-empresa-evidencia-a-importancia-dos-empresendedores-para-o-brasil/>>; Acesso em 09 abr 2023.

ZANOBIÁ, Luana; MENDES, Felipe. Por que os pedidos de recuperação judicial disparam em 2023. Só uma reativação da economia poderá reverter essa tendência negativa. In Revista Veja. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/economia/por-que-os-pedidos-de-recuperacao-judicial-disparam-em-2023/>>. Acesso em: 08 abr 2023.



DIREITOS DE PERSONALIDADE NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DIGITAL COM BASE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

PERSONALITY RIGHTS IN DIGITAL COMMUNICATION MEDIA BASED ON THE GENERAL DATA PROTECTION LAW

Kael de Freitas Carvalho¹

Lourenço de Miranda Freire Neto²

Resumo: A Lei de Proteção de Dados (LGPD) é uma legislação brasileira que garante a privacidade dos dados pessoais da população, ao impedir que bases de contatos circulem livremente entre entidades privadas. A LGPD determina que todo cidadão tenha o poder de escolher como seus dados pessoais serão tratados e garante a proteção dos direitos de personalidade. A lei dispõe sobre o tratamento dado aos dados pessoais inclusive, nos meios digitais, por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de direito público ou privado, com objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. O estudo do direito de personalidade digital como base na LGPD, pode ser realizado através de uma revisão bibliográfica, com abordagens dedutivas aprimora em materiais já elaborados, sendo principalmente livros e artigos científicos acerca do tema. Em resumo a LGPD, é um instrumento legal que veio para barrar qualquer tipo de ilegalidade, ao qual seja referente ao uso de informações disponibilizadas para as empresas e ate outros meio que circundam a internet.

Palavras-Chave: Direito da personalidade. Internet. LGPD. Proteção de dados.

Abstract: The Data Protection Law (LGPD) is a Brazilian legislation that guarantees the privacy of the population's personal data, by preventing contact databases from circulating freely between private entities. The LGPD determines that every citizen has the power to choose how their personal data will be treated and guarantee the protection of personality rights. The law exists on the treatment given to personal data, including, in digital media, by individuals or legal entities governed by public or private law, with the aim of protecting the fundamental rights of freedom and privacy and the free development of the personality of the person. Natural. The study of the digital personality right based on the LGPD can be carried out through a bibliographical review, with deductive approaches tried in already prepared materials, mainly books and scientific articles on the subject. In short, the LGPD is a legal instrument that came to stop any type of illegality that refers to the use of information made available to companies and even other means that surround the internet.

Keywords: Personality Right. Internet. LGPD. Data Protection.

¹ Acadêmico do 10º período do curso de direito na UNIENSINO. Orientando Prof. Flávia Jeanne Ferrari.

² Doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil (2022) Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito com formação para o magistério superior. Integrante do Conselho Editorial da Juruá Editora. Parecerista da Revista Direito Mackenzie, da Revista Internacional de Direito do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação e da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>>.



INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco principal a exploração da repercussão da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD no âmbito jurídico, sabendo que hoje em dia os dados pessoais são protegidos por uma lei.

O avanço das tecnologias digitais trouxe novos desafios para a proteção dos direitos. A personalidade digital é a forma como as pessoas se expressam e se relacionam no ambiente online, por meio de seus dados pessoais, que podem revelar aspectos de sua identidade, preferências, opiniões, hábitos, entre outros. Esses dados são coletados frequentemente, armazenados, usados e compartilhados por diversas entidades, como empresas, governos, redes sociais, aplicativos, etc., que podem utilizar essas informações para fins diversos, como marketing, publicidade, análise de comportamento, segurança pública, entre outros.

Diante desse cenário, surge a grande necessidade de uma regulamentação específica sobre o tratamento de dados pessoais no Brasil, que garanta a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Nesse sentido, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado.

Assim, o presente artigo tem como tema o direito de personalidade digital com base na LGPD e como problema de pesquisa a seguinte questão: como a LGPD tutela a personalidade digital no Brasil.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a personalidade digital e sua formação a partir da influência das novas tecnologias na rotina pessoal e profissional das pessoas, discutindo a tutela jurídica da personalidade a partir da proteção de dados como garantia fundamental na Constituição Federal.

Tudo isso, podendo ser especificado através de: conceitos, evolução histórica, pesquisas referentes às mudanças sociais acarretadas as novas tecnologias e impactos a personalidade, definição de direito de personalidade e elementos que a circundam, estudo sobre os princípios e deveras da LGPD e a sua aplicabilidade no tratamento de dados pessoais e avaliação dos benefícios e riscos da LGPD para a proteção da personalidade digital.

A justificativa do presente artigo é a relevância do tema para os debates jurídicos e sociais sobre os direitos da personalidade com o contexto digital,



considerando que a LGPD é uma norma recente que ainda carece de uma interpretação mais consolidada sobre seus aspectos teóricos e práticos. Além disso, esse artigo pertence contribuir para o desenvolvimento do conhecimento científico sobre o tema e para a conscientização dos cidadãos sobre seus direitos e deveres em relação aos seus dados pessoais.

A metodologia utilizada para a consolidação do artigo é a revisão bibliográfica com abordagens dedutivas, baseada em matérias já elaboradas, sendo principalmente livros e artigos científicos acerca do tema.

2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE A PARTIR DA VIGENCIA DA LGPD

Com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD muitas questões relacionadas à privacidade dos indivíduos e à proteção de seus dados pessoais foram levantadas, entre elas, o direito a personalidade digital.

A Lei Geral de Proteção de Dados surge com a grande necessidade de proteger, não só o direito de personalidade dos titulares, mas também a intimidade de coleta de seus dados. (SENADONOTICIAS, 2023)

Essa lei por ser muito nova no âmbito jurídico, tem um grande papel para toda sociedade. Ela exerce um importante poder em relação aos direitos das pessoas em relação aos seus atos no mundo da internet. Tais atos estes referidos aos compartilhamentos de dados pessoais que podem vir a ser utilizados de formas errôneas no mundo virtual.

A LGPD regulamenta como deve ser conduzido passo a passo os dados pessoais de seus clientes e colaboradores. (PLANALTO, 2023)

Quando uma empresa passa segurança a seus clientes, eles por sua vez se sentem seguros na maioria das vezes e passar seus dados, sabendo que essa empresa opera em conformidade com a lei e agindo de boa-fé. (SANTOS, 2023, p. 58 – 65)

O artigo 2º da LGPD dispõe sobre a disciplina da proteção de dados pessoais. A proteção jurídica dos direitos da personalidade a partir da vigência da LGPD é um tema de extrema importância para todos aqueles que utilizam à internet as redes sociais. Isso se deve ao aumento do uso dessas ferramentas, ocasionando também no crescimento do número de violação aos direitos da personalidade, como a

divulgação de informações pessoais sem consentimento, à exposição da imagem sem autorização, entre outras. (PLANALTO, 2023)

Nesse contexto, a LGPD surge como importante ferramenta para garantir a proteção dos direitos da personalidade digital. A lei estabelece regras claras sobre a partilha e coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais, garantindo que essas informações sejam utilizadas apenas para os fins específicos para os quais foram coletadas e com o consentimento expresso do titular.

Essa lei tem grande semelhança com o Código de Defesa do Consumidor - CDC tendo sua redação semelhante ao artigo 43 do referido código. (JUSBRASIL, 2023)

Outro ponto importante da LGPD é que estabelece sanções para as empresas que não cumprem as regras estabelecidas na lei, o que significa que elas podem ser multadas e até mesmo ter suas atividades suspensas em casos mais graves.

Tal lei é válida para todos que se sujeitem ao tratamento de dados pessoais. É de extrema importância destacar que a lei se aplica independente do porte, da nacionalidade ou tipo empresarial. (PROXXIMA, 2023)

Em resumo, a proteção jurídica dos direitos de personalidade digital com base na LGPD é um avanço importante na garantia da privacidade e da segurança dos indivíduos na área digital. Por isso, é importante que todos estejam cientes de seus direitos e exijam o cumprimento da lei por parte das empresas que coletam e tratam seus dados pessoais.

2.1 A tutela jurídica constituição dos direitos da personalidade e necessidade de proteção dos dados sensíveis em tempos de democratização

O homem a fim de tornar-se independente assume a necessidade muito importante nas relações sociais, adquirindo assim o direito ao qual culmina com a obrigação, tornando o sujeito passivo e ativo nas relações jurídicas.

Com o desenvolvimento dos direitos da personalidade, a Carta Magna de 1215, teve em seu rol dois documentos importantes para a valorização da tutela da personalidade e da defesa dos direitos individuais. São eles: a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776). (SANTOS, 2023, p. 56 – 65)

Tais documentos foram reconhecidos algumas vezes, um dos reconhecedores foi Henrique VI que afirmou:



Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares contra ele senão a lei do país. (COMPARATO, 2023, p. 22 – 30)

Na Declaração de Diretos do Bom Povo de Virgínia de 1776, encontrava-se a seguinte afirmativa:

Todos os homens são por natureza, igualmente livres e independentes, e tem certos direitos inatos dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou desejar seus pósteros e que são: gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. (MELLO, 2023, p. 56-65)

O Código Civil francês, o Código Civil italiano e o Código Civil brasileiro de 1916, não traziam expressamente um capítulo específico voltado somente aos direitos da personalidade. (MELLO, 2023. P. 56-65)

Maria Celina Bodin de Moraes destaca que:

No final do século XIX se percebeu a necessidade concreta de garantir proteção a uma esfera de privacidade das pessoas, e a partir daí seguiram-lhe, ao longo do século XX, os demais direitos da personalidade. Variadas são as razões apontadas para as circunstâncias históricas, mas a primeira, embora controversa, é a mais interessante: teria sido a completa ausência, nas sociedades ocidentais pelo menos até fins do século XVIII, da noção de vida privada, a qual semente veio a ter origem a partir de determinada concepção de civilização. (MORAES, 2010, p. 121 – 148)

Quando se aborda o termo: direito de personalidade, temos que enfatizar algumas características importantes ao qual circunda esse tema. Dentre eles citamos: o direito a personalidade absoluto, extrapatrimonial, imprescritível e indisponível. (DINNIZ, 2019, p. 20 – 50)

O direito a personalidade, também pode ser subdivididos em: direito a integridade física e integridade moral, ao qual este direito abrange a honra, a liberdade, a privacidade e em uma esfera mais estreita, a intimidade. (DINNIZ, 2019, p. 20-50)

No Brasil, a proteção aos direitos da personalidade tem como base a Constituição de 1988, que estabeleceu a dignidade da pessoa como um dos princípios da República Federativa do Brasil e, no domínio do direito privado, o Código Civil de

2002 previu cláusulas gerais de tutela aos direitos da personalidade. (MELLO, 2023, P. 65)

Em busca de reaver os direitos basilares do ordenamento jurídico, foi promulgada a Constituição Brasileira de 1988, perseguindo as conquistas sociais de todos, tendo um capítulo voltado somente às garantias fundamentais.

A Suprema Lei carrega consigo, grandes valores éticos, sociais, econômicos ao qual estabelece regras relacionadas ao direito privado; podemos aqui citar o direito contratual, com objetivo de mostrar e suprir o que os Códigos deixavam para trás.

O Direito Civil abraçou a contemporaneidade dos desafios, ao ponto de que temas que há 20 anos não eram mais discutidos, agora passam a integrar o ordenamento jurídico para novas discussões. (DINNIZ, 2019, P. 30-55)

Uma dessas discussões é a atual Inteligência Artificial (IA). A Inteligência Artificial teve seu reconhecimento no dia 26, de outubro de 2017, na Arábia Saudita. Teria sido o primeiro país a ter um robô com reconhecimento de cidadão. (MARTINS e LONGHI, 2020, p. 16).

Mas qual a relação da IA com a LGPD? A Inteligência Artificial veio para facilitar e ajudar em diferenciados setores que vão desde indústrias até mesmo ao setor de telecomunicação. (CARDOSO, 2023)

Mas com a propagação da IA, grandes questões são levantadas por pessoas que não tem intimidade com ela. Isso acontece devido às pessoas não se sentirem seguras com relação a IA, sabendo que esta não é uma pessoa física que está lidando com sua privacidade cibernética. (CARDOSO, 2023)

Com tudo, a IA deve sempre estar amparado da LGPD, para fins de relações estabelecidas no mundo da internet. (CARDOSO, 2023)

As empresas precisam manter sempre medidas adequadas para garantir sempre a segurança jurídica dos dados coletados.

E qual a visão da Lei 13.709/2018? O que ela dispõe sobre a Inteligência Artificial? A LGPD também exige das empresas um suporte muito grande na prática de medidas de segurança para proteger os dados pessoais coletados. Isso também corresponde na adoção de criptografia, no uso de senhas de segurança e protocolos de segurança adequados para prevenir o acesso não autorizado. (CARDOSO, 2023)

A lei exige que as empresas tenham um vasto conhecimento dos seus colaboradores antes de coletar os dados necessários. Além disso, a LGPD prevê penalidades para as empresas que não cumprem tais diretrizes. Para tanto a IA deve

estar sempre em conformidade com a LGPD para que não haja erro na coleta e dados e nem na privacidade deles.

Tudo isso deve ser essencial para a proteção da privacidade dos dados pessoais especialmente em um mundo aonde a IA é cada vez mais explorada. (CARDOSO, 2023)

O artigo 12 do Código Civil, dispõe da sanção requerida pelo ofendido em razão de ameaça ou lesão a disposição da personalidade. Essa sanção deve ser feita por meio de medidas cautelares que suspendam os atos que ameacem ou desrespeitem a integridade físico-psíquica, intelectual e moral.

O artigo 42 caput da LGPD, estabelece o dever civil de reparação inerente por dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, por aqueles que auferem o íntimo da integridade nos direitos de proteção de dados. Podemos aqui concluir quer, são utilizados apenas dois critérios lógicos para fundamentar a responsabilidade, são eles: exercício da atividade de tratamento de dados e a violação à legislação de proteção de dados. (CADERNO JURIDICO, 2021 p. 104)

Segundo Moraes Fé, apud Sarlet, antes do advento a Carta Magna de 1934, houve uma grande violação aos direitos cometidos pelo regime totalitário na Segunda Guerra Mundial. Essa violação posteriormente resultaria em atos normativos visando garantir a dignidade da pessoa humana. (FÉ, 2022).

Segundo Sarlet “a constitucionalização do direito privado, esta rotulada, pois este se refere aos particulares como destinatários dos direitos fundamentais”. (Sarlet. 2021).

Na data de 23 de maio de 1949, na cidade de Bonn, foi aprovada a Lei Fundamental alemã, sendo voltada aos princípios do direito fundamental, compreendidos como direitos iminentes a todos e qualquer ser humano. Segundo o ordenamento Alemão constitucional, traz em seu artigo 1º, 1, a seguinte afirmativa: “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda a autoridade publica tem o dever de respeitá-la e protegê-la”. Logo em seguida o artigo 2º, 1, afirma que: “Todos tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem o direito de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”. (MELLO, 2023. P. 56 – 65)

No Brasil, a Constituição Republicana Federativa do Brasil, não prevê explicitamente um direito ao livre desenvolvimento da personalidade como foi pronunciado no caso da constituição alemã. Mas, toda via, a um princípio fundamental



da dignidade da pessoa humana, ao qual esta descrita no artigo 1º, III, da CRFD/88, que conforma o processo exegético. Dessa forma podemos afirmar que o direito de personalidade esta amparado por esse dispositivo previsto na constituição. (PLANALTO, 2023)

3. A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE DADOS FRENTE AO AVANÇO ACELERADO DA TECNOLOGIA E DISPOSIÇÃO DE DADOS VIA INTERNET

Sabemos que a internet é conhecida como terra de ninguém. Porém com o passar dos tempos e com avanço disparado da tecnologia, a internet conseguiu nos aproximar e tornar-nos habitante de uma pequena civilização cibernética.

Nessa pequena civilização ao qual cito neste artigo, ninguém é indiferente, pois todos compartilhamos da mesma vila, onde cada habitante sabe como se portar em relação à vivência nessa civilização.

Com o avanço da tecnologia, as informações começaram a se propagar muito rápido, com tudo a regulamentação dos aspectos civis da internet no Brasil passa a caminhar com longos passos. (MARTINS e LONGHI, 2020, p. 16).

O compartilhamento de dados via internet recebe um apelido de “(petróleo da internet)”, tais dados são o combustível desse mundo habitado por muitos e desconhecido por poucos.

O direito privado começa a prevalecer a partir desses novos avanços tentando promover soluções para os novos problemas que começam a surgir com a nova era.

Quando falamos na proteção de dados, sabemos que existe uma verdade acima disso tudo. A verdade é que a disponibilização de dados via internet pode ser muito perigosa, pois se não tiver algumas medidas de segurança, nossos dados ficam expostos a todo tipo de pessoas que agem com má-fé. (MARTINS e LONGHI, 2020, P. 16).

Geralmente não temos controle de quem tem acesso aos nossos dados pessoais e profissionais, podendo assim gerar consequências graves, como roubo de intimidade e perda de informações importantes.

Por isso é de extrema importância que o nosso ordenamento jurídico junto ao nosso poder público, invista em uma medida de proteção de dados. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) entrou em vigor no Brasil em setembro de 2020 estabelecendo regras claras sobre a coleta de dados, armazenamentos, uso e compartilhamentos de informações pessoais.

3.1 A LGPD como instrumento de proteção de dados relacionados à personalidade e intimidade

Para garantir o conforto a seus clientes na era digital, as empresas precisaram se adaptar com os avanços tecnológicos, obrigando-se a compreender a nova lei, além de entender como ela pode impactar nas medidas posteriores. (CONTEUDO JURIDICO, 2023)

A partir daí, foi possível através de implementação necessária a fim de evitar qualquer tipo de declínio por tal descumprimento normativo.

A LGPD é uma lei de grande responsabilidade, ela é munida de diretrizes que geram grandes e importantes dados dos consumidores em relação às empresas desde sua sanção em 2020, a contar da data de sua promulgação.

Com essas normas, definidas pela Lei 13.709/2018, as empresas tiveram orientações padronizadas para a coleta de informações de caráter pessoais de seus clientes. Além disso, a tal lei determina penalidades para o descumprimento dessas normas já estabelecidas. (CONTEUDO JURIDICO, 2023)

O desenvolvimento dessa lei já vinha sendo discutida em 2017, quando foram consideradas como base as regras da GDPR (General Data Protection Regulation), normas estas validas nos Estados Unidos.

Com a aprovação da lei, em 2018, o poder político estabeleceu um prazo para que as empresas colocassem em prática o processo de proteção de dados dos clientes. Tendo sua vigência somente dois anos depois. (CONTEUDO JURIDICO, 2023)

Com o grande crescimento da internet, o volume de informações disponíveis para as empresas cresceu. Em pesquisas feitas pelo Seed Scientific, 2,5 quintilhões de novos dados surge a cada minuto no mundo. Acredita-se que aproximadamente 175 zettabytes de dados existirão em 2025.

Essa quantidade de informações pode trazer muitas coisas, o importante é sabermos gerencia-las de maneira consciente, para que haja uma garantia que a transparência seja segura ao disponibilizar nossos dados via internet. (PROXXIMA, 2023)

Nesse contexto, temos por finalidade a segurança dos dados pessoais do cliente, para que este tenha o seu direito de saber a finalidade de uso de tais informações prestadas para a empresa. A partir dai, cabe a ele decidir se disponibiliza ou não os seus dados.

Por fim 2020, os avanços da LGPD incluíram a proteção e garantias dos direitos fundamentais, expostos pela CF, por meio da Emenda Constitucional 115. (SENADONOTICIAS, 2022).

3.2 Os objetivos e adequação a LGPD

Em relação à Lei Geral de Proteção de Dados, os órgãos e entidades estaduais tiveram que se adaptar as transformações culturais das instituições, ao ponto que todos os níveis fossem atingidos por essas adequações.

A LGPD determina alguns aspectos jurídicos em relação aos dados pessoais de cada indivíduo. Assim ela contém bases legais que autorizam o tratamento desses dados. Sendo assim, todas as empresas que se munirem dos dados coletados sem uma base legal, estarão infringindo as regras estabelecidas.

Um dos objetivos das transformações é o diagnóstico da cultura organizacional, que tem por finalidade, identificar o nível de percepção dos servidores em relação à LGPD, orientar o encarregado de dados e as demais entidades organizacionais do Poder Executivo. (CGE, 2023).

Um dos conceitos da lei de proteção de dados veio com o desenvolvimento objetivo, ao qual visa à proteção de dados dos consumidores, tendo como principal foco a transparência no tange o compartilhamento de dados. Com base nisso, o nosso ordenamento jurídico tem o foco principal em proteger os direitos à privacidade e a liberdade de cada um, este podendo escolher se quer ou não compartilhar seus dados com determinada empresa. (CGE, 2023)

A LGPD trabalha com um conjunto de dados de qualquer natureza identificada ou não. Vista que esses dados pode possibilitar um histórico d referente ao sujeito que prestou informações sobre seus dados e que permita a identificação seja ela no meio físico ou digital.

A LGPD esta sempre voltada a operações de cunho cibernético, pois é através da internet que ocorre o grande numero de corrupção em relação a compartilhamento e coleta de dados. (CGE, 2023)

Diante disso, temos alguns aspectos objetivados em relação à LGPD:

- Gerenciamento de dados estabelecidos pelas empresas;
- Normatividade no relacionamento entre cliente e empresa;
- Segurança ampla no compartilhamento de dados pela empresa;

- Garantias fundamentais em relação às informações pessoais privadas; (CARDOS, 2023).

A Lei Geral de Proteção de Dados tem como consideração as informações pessoais, como característica própria de pessoas naturais. Sendo assim, essas características não se aplicam por parte de pessoas jurídicas. Segundo o regime normativo, esses dados via de regra são válidos tanto para dados físicos como para dados digitais.

Mas também temos alguns dados que a própria LGPD não protege, são estes:

- Dados anônimos;
- Dados com características de segurança pública;
- Informações para fins de investigação;
- Dados extraterritoriais; (CARDOSO, 2023).

A LGPD ela não só protege os dados pessoais, mas também protege os dados chamados dados sensíveis dados estes que podem ser utilizados de forma errônea. Essas informações têm certo tratamento diferenciado, de acordo com a normatividade.

Toda empresa que se preste a utilização de dados por parte de seus clientes, deve se adequar a LGPD, seja ela sediada no Brasil ou não. Nesse sentido, uma empresa internacional, que coleta informações de cliente no Brasil, deve responder às determinações da Lei Geral de Proteção de Dados. (PLANALTO, 2023)

A regulamentação fiscal da LGPD vem por meio de um órgão responsável, para acompanhar o cumprimento das normas de proteção de dados no Brasil, a chamada ANDP (Autoridade Nacional de Proteção de Dados). Esta autoridade começou a funcionar em 2020, logo que entrou em vigor a LGPD, porém em 2022, veio a se tornar um órgão independente, com orçamento próprio e funções semelhantes a outros agentes reguladores. (CGE, 2023)

Para que as empresas ficassem mais por dentro do assunto relacionado à LGPD, a ANDP lançou folders com orientações importantes sobre a proteção de dados. Caso venha a serem descumpridas tais orientações por parte da empresa, a responsabilidade recai sobre a ANDP, que será responsável por analisar e julgar a gravidade dos acontecimentos, havendo assim uma possível aplicação de penalidade.

Para Rodrigo Pironti 2022, a nova realidade virtual é uma explosão inovadora para algumas pessoas. É um mundo onde a internet hoje em dia é uma ferramenta



muito importante até mesmo na resolução de problemas tipo como: investimento, compras, firmação de contratos e até mesmo negociação jurídica. (CASTRO, 2022)

Pironti tem por consenso, que o mundo virtual é representado por um avatar. Ele acredita que a Lei 13.709/18, está bem próxima a um Metaverso cibernético. Relação esta que se pararmos para pensar, no que ele fala em seu artigo publicado: O Metaverso e a LGPD: o Tratamento Dado aos Controladores e Titulares Dado no Universo Paralelo; as relações virtuais serão manifestas por meio de avatares criado dentro da própria internet. E com a criação destes avatares, será conduzida a atividades dentro da rede como se tivéssemos em um mundo real, mantendo relacionamentos, elos, adquirindo profissão, seja ela comercial ou institucional, ou até mesmo relações internacionais. É nesse sentido que a LGPD tem como base regras para a proteção de dados prevista em lei.

O artigo 1º da Lei 13.709/18 prevê sobre “o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoas jurídicas de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais da restrição da liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”. Já no artigo 4º inciso I da referida lei, dispõe sobre: “não se aplica ao tratamento de dados pessoais quando realizado por pessoas natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos”. (PLANALTO, 2018)

Ficando bem explicado a aplicabilidade a Lei para a proteção dos direitos dos titulares na relação aos denominados Controladores de dados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento da tecnologia e a crescente utilização da internet e das redes sociais tem gerado uma série de questões relacionadas à proteção dos dados pessoais e do direito à privacidade no meio digital. Nesse contexto, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) surge como um instrumento importante para garantir a proteção dos direitos da personalidade no meio digital.

Através da promulgação da LGPD, instituiu-se um novo sistema de responsabilidade civil, sistema esse que veio a ser compatível com o Código de Defesa do Consumidor e com o Código Civil Brasileiro, com propósito de regulamentar as facetas judiciais de direito privado embasado no tratamento de dados pessoais.

Com o avanço da tecnologia, o estudo da responsabilidade civil, viu-se cara a cara com um novo desafio, agora no contexto de uma relação que envolve pessoas e



maquinas, na nova era. Com a evolução ocorrendo muito rápido, torna-se imprescindível que a responsabilidade civil fique mais atenta a sensibilidade das alterações na forma de tratamento no âmbito jurídico.

Segundo algumas pesquisas feitas para este artigos, alguns pensadores e ate mesmos juristas atuais, consideram essa nova era digital como uma Quarta Revolução Industrial.

Com essa possível nova era os fatos que levam a um avanço disparado da tecnologia ser sensível, torna-se importante adotarmos um método de alteração na forma de tratamento das norma jurídicas. Vez que se de fato estamos vivendo em uma nova Quarta Revolução Industrial, como já mencionado aqui, é notável que a evolução dos campos de direito passe a permear em novas relações extrajurídicas.

Em relação aos grandes embates doutrinários citados no artigo referentes a essa nova era digital e vigiada pela LGPD, fica bem claro que a referida lei empossou o Código Civil como seu braço direito nas relações de responsabilidade civil, tendo assim um alinhamento perfeito entre ambos.

O direito da personalidade é um conjunto de direitos fundamentais que tem como objetivo proteger a dignidade humana e a autonomia individual. No meio digital esse direitos são especialmente relevantes, uma vez que as informações e dados pessoais circulam com grande facilidade e podem ser utilizados de forma indevida por empresas e indivíduos mal-intencionados.

A LGPD estabelece regras e princípios para a coleta dessas informações de caráter pessoal publico e privado. A lei prevê a necessidade de obtenção de consentimento para a coleta e utilização de dados pessoais, bem como a obrigação de adotar medidas de segurança e privacidade para garantir a proteção desses dados.

Além disso, a LGPD prevê sanções para o descumprimento normativo dessa proteção de dados, que podem incluir multas e outras penalidades. Isso significa que as empresas que não cumprir tais normas impostas pela Lei estarão sujeitas ao comprimento de penas e multas, afetando significativamente em sua reputação empresarial e seu desempenho nos grandes mercados.

Ademais, o direito de personalidade no meio digital é uma questão que merece atenção e cuidado por parte de empresas, organizações e indivíduos que utilizam dados pessoais no âmbito virtual.



A LGPD surge como importante instrumento para garantir a proteção desses direitos, estabelecendo regras e princípios que devem ser observados por todos os envolvidos no tratamento de dados pessoais.

Sua estrutura divide-se em três. Tendo sua base estrutural, as condições de legitimidade para o trato de dados pessoais, amparo na base principiológica e a base legal autorizada através do tratamento de dados pessoais.



REFERÊNCIAS

COMPARATO, Fabio Konder Comparato, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. Fabio Konder Comparato. 3. Ed. rev. e ampl. – São Paulo, 2003. 1. Direitos Humanos. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4977109/mod_resource/content/1/A_afirmacao_historica_dos_direitos_human%20%281%29.pdf>

CONTEUDO JURIDICO, disponível em:

<<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58309/personalidade-digital-com-base-na-lei-geral-de-proteo-de-dados>>

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. Metaverso e a lgpd: o tratamento dado aos controladores e titulares de dados no universo paralelo. Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Curitiba, 2022. Disponível em: <<https://pirontiadogados.com/2022/11/28/o-metaverso-e-a-lgpd-o-tratamento-dado-aos-controladores-e-titulares-de-dados-nouniverso-paralelo/>>

CARDOSO, Philipe Monteiro. LGPD vs. Inteligência Artificial: A proteção de dados pessoal em tempos de chatbots avançados. Philipe Monteiro Cardoso. Curitiba 2023 acesso; 03 de junho de 2023. Disponível em: <<https://cryptoid.com.br/criptografia-identificacao-digital-id-biometria/lgpd-vs-inteligencia-artificial-a-protecao-dos-dados-pessoais-em-tempos-de-chatbots-avancados/#:~:text=No%20caso%20da%20intelig%C3%A2ncia%20artificial,prevenir%20o%20acesso%20n%C3%A3o%20autorizado>>>.

CADERNO JURIDICO. DIREITO DIGITAL E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS 2023. Nº 53. Acesso em 03 de junho de 2023. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Cad-Juridicos_n.53.pdf>

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil/ Maria Helena Diniz. – 36. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

JUSBRASIL, ARTIGO 43 DA LEI 8. 078/ 11 DE SETEMBRO DE 1990. Acesso em 07 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10601860/artigo-43-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990>>

MORAES, Maria Celina Bodin de. “na medida da pessoa humana: estudo do direito civil-constitucional”. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.



MELLO, Cleyson de Moraes. Direito da Personalidade – 2º ed. Cleyson de Moraes Mello. Rio de Janeiro, 2023, p. 292. Disponível em: <<https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/208115/pdf/63?code=NbkD5kwxdr0LUY8lg3wXNr2AvFC+xjinEZbUQ+t5sSKSeziVkZGFXiAmiew3j2wrjYtrnwy7nShZnSyQXuSyoA==>>

MANUAL DE IMPLEMENTAÇÃO DA LGPD. ACESSO EM 03 DE JULHO DE 2023. DISPONÍVEL EM: <https://www.cge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2021-06/manual_implementacao_lgpd.pdf>

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, SECRETARIA GERAL: LEI Nº 13.707, DE AGOSTO DE 2018, SITE DISPONÍVEL EM <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e,da%20personalidade%20da%20pessoa%20natural>.

PROXIMA. O QUE É A LGPD E COMO ELA PODE INFLUENCIAR AÇÕES DE MARKETING, Site Disponível em: <https://www.meioemensagem-com-br.cdn.ampproject.org/v/s/www.meioemensagem.com.br/proxima/lgpd/amp?Amp_gsa=1&_js_v=a9&usqp=mq331AQGsAEggAID#amp_tf=De%20%251%24s&aoh=16809989709190&csi=0&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&share=https%3A%2F%2Fwww.meioemensagem.com.br%2Fproxima%2Flgpd>

SANTOS, Marcelo Pereira dos. Os Direitos da Pessoa Humana na Concepção Civil-Constitucional: Uma Releitura da Tutela da Personalidade. Publica direito, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?Cod=b465588866e56400>>. Acesso em: 27 mar. 2022>.

SENADONOTÍCIAS. PROMULGADA EMENDA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, Site Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/10/promulgada-emenda-constitucional-de-protecao-de-dados>>



A DISCRIMINAÇÃO ENSEJADA PELO CADASTRO POSITIVO DO MAL PAGADOR

THE DISCRIMINATION CAUSED BY THE POSITIVE REGISTRATION OF BAD PAYERS

Jaqueline Walter dos Santos¹

Ana Paula Rodrigues²

Edna de Cássia Santos³

Resumo: O presente trabalho trata acerca do cadastro positivo, proveniente do advento da Lei n.º 12.414/2011, consistente na formação de bancos de dados de proteção ao crédito. Com a pesquisa bibliográfica, em jurisprudência e análise da legislação vigente foi possível analisar-se os aspectos que motivaram e fundamentaram a edição da Lei n.º 12.414/2011 com a criação de novos institutos jurídicos (sistema de scoring), focando-se à análise dos bancos de dados, bem como a distinção entre bancos de dados e cadastros de consumo, a distinção entre cadastro negativo e positivo, as vantagens da adoção do cadastro positivo, com enfoque no rol de direitos do cadastrado, assim como os deveres dos gestores dos bancos de dados e os direitos da personalidade. Posteriormente, foi realizado o desenvolvimento da limitação dos gestores dos bancos de dados e as consequências práticas do cadastro positivo. Analisando os efeitos positivos e negativos da criação do cadastro positivo, e por derradeiro, foi estudada a possibilidade de o cadastro positivo servir como forma de discriminação ou restrição do consumidor à oferta de créditos, apesar dos benefícios trazidos pela lei.

Palavras-Chave: Banco de Dados de Proteção ao Crédito. Cadastro Positivo. Direito do Consumidor. Scoring. Lei n.º 12.414/2011.

Abstract: The present work is on the positive list, coming with the enactment of Law n.º 12 414/2011, consistent training of bank credit protection data. With the literature search and review of existing legislation to parse up the aspects that motivated and justified the enactment of Law n.º 12 414/2011 with the creation of new legal institutions (scoring system), focusing on the analysis of banks data, as well as the distinction between databases and records of consumption, the distinction between negative and positive list, the advantages of adopting the positive list, focusing on the registered list of rights, as well as the banks of the duties of managers data and personality rights. It was later performed the development of the limitation of the managers of databases

¹ Aluna da graduação UNIFAESP. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3665500784327833>>

² Doutora em Educação (2012); Mestre em Meio Ambiente e Sustentabilidade (2005); Especialista em Marketing (2005), Especialista em Tutoria em EAD (2016), Especialista em Docência do Ensino Superior (2016); graduada em Educação Física (2002). Diretora de EAD do Grupo Educacional FAVENI. Pertence ao banco de avaliadores do INEP desde 2018. Proprietária da marca Capacita Pós, empresa de captação de alunos para o Grupo FAVENI. Pró-reitora de EAD, do UNIABEU.

³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania - UNICURITIBA. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Graduação em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Graduação em Normal Superior pela Faculdade Vale do Iguaçu - Paraná. Integrante do Programa Institucional de Iniciação Científica - PCI junto ao Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/672312447947651>>



and the practical consequences of the positive list. Analyzing the positive and negative effects of the creation of the positive list, and last, was envisaged to serve as positive the registration form of discrimination or restriction on consumer credit offer, despite the benefits brought by the law.

Keywords: Bank Credit Protection Data. Consumer Law. Positive Credit. Scoring. Law nº 12.414/2011.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar os efeitos causados pela edição da Lei n.º 12.414/2011, criou o chamado cadastro positivo, ensejando a formação e a consulta a um banco de dados com informações acerca do adimplemento e informações pessoais de consumidores, com o objetivo de formação de histórico para concessões de crédito.

Este tema foi escolhido em virtude das recentes decisões jurisprudenciais, dos quais se observa benefícios a clientes com cadastro negativo (bons pagadores), bem como desvantagens a clientes positivado (maus pagadores). Trata-se ainda de questões discriminatórias em virtude da inscrição no cadastro positivo.

O primeiro capítulo traz apontamentos sobre a Lei nº 12.414/2011. Sistema de *Scoring* disciplinar a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para a formação de histórico de crédito.

O segundo capítulo possui aspectos doutrinários, podendo-se vislumbrar as peculiaridades da Lei referida, as diferenças entre o cadastro negativo e positivo, as vantagens da adoção do cadastro positivo, com posicionamentos doutrinários acerca desta temática, tendo como objetivo primordial de constatar que por meio da legislação, a criação de cadastros positivos de adimplemento para a formação de histórico de créditos, propicia uma análise prévia dos riscos para a concessão de crédito ao consumidor, permitindo a adoção de políticas sociais de redução das taxas de juros, face ao bom histórico de crédito dos consumidores, ao passo que permite demonstrar os consumidores que possuem informações negativas acerca de seu histórico consumeirista.

O terceiro capítulo trata do rol de direitos dos cadastrados, ante a vigência da Lei n.12.414/2011, os deveres dos gestores de bancos de dados e os direitos da personalidade, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, da privacidade e da honra, visto que com a coleta e disseminação de informações sobre

adimplemento, os cidadãos poderão se beneficiar de sua atitude de “bom pagador” e serão premiados pelo mercado creditício e de varejo com a redução dos custos vinculados à expansão do crédito de uma forma geral, especialmente para os bons pagadores de baixa renda, que em geral são percebidos pelo mercado como de alto risco, e, por isso, pagam as mais altas taxas de juros. Destarte, este capítulo conterá informações sobre a responsabilidade dos gestores de bancos de dados, para que não haja ofensa aos princípios da personalidade.

Com o quarto e último capítulo, será possível roborar a limitação dos gestores frente ao banco de dados, assim como os efeitos negativos e positivos do cadastro positivo e principalmente a possibilidade de o cadastro positivo servir como forma de discriminação ou restrição do consumidor à oferta de créditos, vez que, anteriormente à vigência da legislação em comento, presumiam-se bons pagadores as pessoas que não tinham restrições decorrentes do inadimplemento de dívidas nos órgãos e serviços de proteção ao crédito, disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor, ao passo que a Lei nº. 12.414/2011 acaba não fazendo distinção daquele consumidor que, esporadicamente acabou atrasando o pagamento de algum débito e, em razão disso foi inserido no cadastro positivo com histórico de crédito, como “mau pagador”.

Neste sentido, pretende-se demonstrar no presente trabalho a problemática levantada, com as possíveis práticas discriminatórias que os consumidores podem sofrer injustamente, avaliando os principais dispositivos legais com base nos ensinamentos doutrinários, com apontamentos quanto à existência de ser o cadastro positivo mecanismo de discriminação em face do consumidor em razão da sua não inclusão como consumidor adimplente ou possuidor de histórico positivo de crédito.

2. A LEI 12.414/2011 QUE INSTITUI O CADASTRO PARA FINS DE CRÉDITO

A Lei n.º 12.414/2011, conhecida por Lei do Cadastro Positivo, disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoa jurídicas, para formação de histórico de crédito, conforme se verá adiante.

O Poder Executivo sancionou a Lei nº 12.414 em junho de 2011, disciplinando a formação e consulta a bancos de dados, cujo contém informações acerca do adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, com o objetivo de criar um histórico de crédito, conhecido por Cadastro Positivo. Esta lei adveio da edição da

Medida Provisória nº 518/2010 durante o Governo Lula, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 7.829/2012, passando a vigorar no dia 1º de janeiro de 2013.

Na busca da regulamentação com o intuito de repassar as informações dos clientes pelas instituições financeiras aos bancos de dados, cujos irão gerir o histórico de adimplemento destes, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução nº 4.172/2012.

Segundo esta Resolução, apenas as informações sobre o histórico dos empréstimos e financiamentos, de arrendamento mercantil, de autofinanciamento (grupos de consórcio e adiantamentos), bem como demais operações de concessão de crédito devem ser repassadas aos bancos de dados, sendo que naquele conterá a data da concessão do empréstimo ou financiamento (crédito ou assunção da obrigação), o valor originário do montante do empréstimo, valores e datas de vencimentos das prestações vincendas, e ainda valores pagos, conforme o previsto no artigo 3º do Decreto 7.829/2012:

Para os fins deste Decreto, o conjunto de dados financeiros e de pagamentos é composto por: I data da concessão do crédito ou da assunção da obrigação de pagamento; II valor do crédito concedido ou da obrigação de pagamento assumida; III valores devidos das prestações ou obrigações, indicadas as datas de vencimento e de pagamento; e IV valores pagos, mesmo que parciais, das prestações ou obrigações, indicadas as datas de pagamento. (BRASIL, 2012)

A Lei atinge pessoas físicas e jurídicas, conforme o que dispõe o artigo 1º da Lei 12.414/2011, no qual a lei disciplina a formação de consulta de bancos de dados com as informações de adimplemento:

Art. 1º Esta Lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Neste sentido Leonardo Rosco e Bessa afirma que para a formação do cadastro positivo são admitidas pessoas físicas e jurídicas:

Todo cadastrado ou potencial cadastrado é considerado em face do CDC, consumidor. Como se sabe, a Lei. 8078/90, no que diz respeito ao seu âmbito de aplicação, é expressa no sentido de que o consumidor pode ser tanto pessoa natural quanto jurídica. A conclusão decorre do disposto nos arts. 2º, 3º, 29 e 43. Doutrina e Jurisprudência mais modernas apenas destacam a

necessidade de se verificar a vulnerabilidade em concreto para considerar a pessoa jurídica como consumidora. (BESSA, 2011. p. 148.)

O motivo determinante para a edição da Lei n.º 12.414/2011, embasa-se na ideia central de que “Não há crédito sem conhecimento. Não há conhecimento sem informação. (...) Almeja-se ganhar confiança, grau favorável de segurança em relação a determinado negócio jurídico”.

Nesta seara, vê-se que o cadastro positivo foi criado para que o tomador do empréstimo creia que o consumidor com bom histórico cumpra as obrigações outrora assumidas, tal como as relações contratuais em que era possível determinar a confiança em relação ao cidadão ao qual irá estabelecer este vínculo.

Antigamente, fornecedor e consumidor se conheciam e por isso, havia confiança mútua, entretanto, nos tempos atuais não é mais possível analisar os riscos do mercado e saber realmente se o fornecedor/tomador irá receber o que lhe é devido. Nesse sentido.

Em que pese a identificação dos tempos atuais como era da informação, os atores do mercado são anônimos, raramente se conhecem. As relações de compra e venda de produtos e serviços são fugazes e automáticas. É justamente neste contexto de anonimato dos atores do mercado de bens e serviços que se destacam as atividades exercidas pelos bancos de dados de proteção ao crédito, vale dizer, das entidades que têm por principal objeto a coleta, o armazenamento e a transferência a terceiros (credores em potenciais) de informações pessoais dos pretendentes à obtenção de crédito.³ (BESSA, 2011. p. 24.)

Na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 518/2010, denota-se que foram utilizadas as seguintes justificativas:

1 – As informações de adimplemento em bancos de dados ou cadastro de consumidores careciam de marco legal. 2 – Com o disciplinamento da coleta e disseminação de tais informações, o mercado poderá diferenciar os bons e os maus pagadores, com redução dos custos associados à concessão de crédito, e propiciar a expansão do crédito. 3 – A criação do histórico de crédito será benéfica para os pagadores de baixa renda. As informações fornecidas por fornecedores de serviços de prestação continuada, como fornecimento de água, eletricidade e telefonia, serão de grande importância para a formação de histórico de crédito das pessoas de menor poder aquisitivo. 4 – A MP estabelece garantias e direitos dos cidadãos em relação às informações pessoais, e assegura a autodeterminação de cada pessoa em relação à utilização de suas próprias informações. 5 – Com relação às informações em poder das instituições financeiras, apenas as relacionadas a operações de empréstimos poderão ser fornecidas ao banco de dados indicado pelo cliente da instituição, como forma de preservação do sigilo bancário. 6 – O disciplinamento da matéria deverá incentivar a troca lícita de informações relativas ao crédito e às transações comerciais, reduzir a assimetria de

informações no mercado, proporcionar meios para a redução das taxas de juros e ampliar as relações comerciais, resguardada a privacidade das pessoas. (BRASIL,2010).

A Medida Provisória 518/2010, de acordo com a Exposição de Motivos desta, foram apresentadas 72 emendas. Após tal medida foi convertida na Lei n.º 12.414/2011. Apesar das divergências, nota-se que os tribunais superiores e a doutrina, afirmam que há extrema relevância econômica e jurídica no desempenho das atividades dos bancos de dados de proteção ao crédito, conforme disposto na Lei do Cadastro Positivo. (BRASIL,2010).

A Medida Provisória 518/2010, de acordo com a Exposição de Motivos desta, foram apresentadas 72 emendas. Após tal medida foi convertida na Lei n.º 12.414/2011, apesar das divergências, nota-se que os tribunais superiores e a doutrina, afirmam que há extrema relevância econômica e jurídica no desempenho das atividades dos bancos de dados de proteção ao crédito, conforme disposto na Lei do Cadastro Positivo.

Fundamentação para a criação do cadastro positivo

A criação do chamado cadastro positivo, originou-se da pretensão do Governo Federal para disciplinar um banco de dados que trouxesse informações acerca dos clientes inadimplentes. Esta pretensão foi fundamentada no fato de que deveriam ser mais analisados os possíveis riscos quando houvesse a concessão de crédito aos consumidores, para que os tomadores de empréstimos e afins possam acessar informações pessoais dos consumidores, não apenas quantos às dívidas vencidas e não quitadas, mas ainda para que pudessem propiciar a redução de juros para clientes considerados bons pagadores (bom histórico).

Conforme o autor referenciado, o cadastro positivo surge em um ambiente complexo, com o objetivo de prever o comportamento dos consumidores:

Na era da massificação do consumo, falta tempo para os negócios baseados no mútuo conhecimento, com base na sabedoria do comerciante. O mundo virtual faz com que diminua o contato humano e o comprometimento. Acabou o tempo do fiado (de confiado), a teia social em torno da palavra empenhada. A moral passa a admitir o atraso, a tal ponto que o cumprimento contratual à risca é exceção perante os costumes. Então os birôs procuram selecionar quem é ou não idôneo para merecer crédito. (COSTA, 2012. P. 23.)

Carlos Celso Orcesi da Costa admite que após a edição da Lei 12.414/2011 é possível a divulgação das boas e más práticas comerciais dos consumidores com base nas informações pessoais e do cadastro de adimplemento, o qual é acompanhado do histórico de consumo do cidadão, pelo qual, a concedente de

empréstimos analisa o risco de autorizar o financiamento para o cliente positivado (com cadastro positivo):

A partir de informações de adimplemento forma-se o histórico de crédito (art. 1º), portanto o conjunto da boa ou má constância de cada um de nós como consumidor. Se antes não havia meio e base jurídica para revelar os adimplementos ou pagamentos pontuais, após a edição da Lei n. 12.414 é perfeitamente possível a divulgação das boas práticas comerciais da maioria de nós. (COSTA, 2012. p. 30.)

Segundo a Agenda do Setor Financeiro de 2014, da Confederação Nacional das Instituições Financeiras, um dos fundamentos para a criação do cadastro positivo foi a segurança nas operações de concessão de crédito, visto que com informações minuciosas do perfil dos consumidores, os tomadores destas operações podem diminuir as taxas de juros àqueles bons pagadores:

A utilização do banco de dados de inadimplentes, no qual constam informações de devedores com dívidas vencidas e não pagas há mais de trinta dias, foi certamente um avanço, pois viabilizou que decisões sobre concessão de crédito fossem tomadas de maneira mais segura. Combinado com o cadastro positivo, pode fornecer informações mais detalhadas sobre o perfil dos clientes bancários, permitindo a diminuição gradual do spread em decorrência do menor risco de crédito. (Agenda do setor financeiro 2014. Confederação Nacional das Instituições Financeiras, 2014. Capítulo 2, p. 31.)

Considera-se que o fundamento para criação deste cadastro positivo adveio da necessidade de maior segurança nas relações de concessão de crédito. Inicialmente vale ressaltar que há distinções entre o banco de dados, do cadastro positivo e o cadastro de consumidores. Antônio Carlos Efigênia elucida a distinção entre banco de dados e cadastro de consumidores como:

Banco de dados: “sistemas para coleta aleatória de informações, normalmente arquivadas sem requerimento do consumidor, que dispõem de organização mediata, a atender necessidades latentes através de divulgação permanente de dados obrigatoriamente objetivos exclusivamente econômicos”. (EFING, 2002. p.35.)

Cadastro de consumidores: “sistemas de coleta individualizada de dados objetivos, sejam de consumo ou juízos de valor, obtidos normalmente por informação do próprio consumidor e com objetivo imediato relativo a operações de consumo presentes ou futuras, tendo provisoriedade subordinada aos interesses comerciais subjetivos do arquivista, e divulgação interna, o que demonstra a função secundária de seus arquivos”. (EFING, 2002. p.36).

Antonio Herman Benjamin apud Leonardo Roscoe e Bessa diferencia o banco de dados com o cadastro de consumidores, no qual destaca que as duas espécies possuem pontos coincidentes tal como a coleta e o armazenamento de informações de terceiros para uso em operações de consumo. Como distinção trazem quatro características distintas, as principais, são aquelas próprias dos bancos de dados: 1. aleatoriedade da coleta; 2. organização permanente; 3. transmissibilidade extrínseca; e 4. inexistência de autorização do conhecimento do consumidor).

Assim, Antonio Herman Benjamin apud Leonardo Roscoe Bessa cita que a distinção se encontra nos seguintes pontos:

Partilhando afinidades com os bancos de dados, os cadastros de consumidores deles se apartam em pelo menos três pontos. Primeiro, a permanência das informações é acessória, já que o registro não é um fim em si mesmo, estando a manutenção dos dados vinculada ao interesse comercial atual ou futuro, mas sempre direto e particularizado, do arquivista em relação ao cliente cadastrado. Segundo, tampouco funcionam os cadastros pigmentados pela aleatoriedade na coleta das informações. Exatamente porque o universo subjetivo que move o arquivista coincide com aquele da sua própria atuação empresarial (arquivista e fornecedor não são agentes econômicos diversos, confundindo-se na mesma pessoa), os 'cadastráveis' tendem a ser bem delimitados, isto é, normalmente associados a um grupo pequeno de consumidores, efetivos ou potenciais. Em oposição à prática dos bancos de dados, é comum, uma vez que o consumidor deixe de transacionar com a empresa, a exclusão de seu nome do cadastro mantido. Por derradeiro, os cadastros orientam-se pela transmissibilidade intrínseca ou interna, circulando e beneficiando somente ou preponderantemente o arquivista que (...) não é um terceiro, mas o fornecedor mesmo, sujeito direto de relação jurídica de consumo. (BENJAMIN, 2011. p. 26 - 27.)

Leonardo Roscoe Bessa conclui que a distinção se encontra:

De modo simplificado, a distinção entre banco de dados e cadastros de consumo se faz a partir da fonte e do destino da informação. Os bancos de dados, em regra, coletam informações do mercado para oferecê-las ao próprio mercado (fornecedores). No cadastro, a informação é obtida diretamente do consumidor para uso de um fornecedor específico, a exemplo do que ocorre em diversos estabelecimentos comerciais quando se solicitam dados pessoais (nome, endereços postal e eletrônico, telefone, data de aniversário, entre outros), independentemente de a compra ser à vista ou mediante crediário. No cadastro, objetiva-se estreitar o vínculo com alguns consumidores, intensificando a comunicação sobre ofertas, promoções e outras vantagens, de modo a fidelizá-los a uma marca ou estabelecimento. (BESSA, 2011. p. 27.)

Vê-se que na Exposição de Motivos da Medida Provisória 518/2010, cuja antecedeu a Lei 12.414/2011, consta o fundamento primordial desta:

Em suma, com este conjunto de medidas, espera-se dotar o País de um arcabouço legal que incentive a troca lícita de informações pertinentes ao crédito e as transações comerciais, reduzindo o problema da assimetria de informações e proporcionando novos meios para redução das taxas de juros e para ampliação das relações comerciais, com a adequada proteção da privacidade das pessoas. (MANTEGA, 2015).

Por derradeiro, nota-se que esta lei, possui como fundamento, a redução acerca do não conhecimento das informações/histórico dos consumidores, propiciando meios para a redução das taxas de juros e ampliação das relações comerciais.

A instituição de banco de dados positivo e as consequências para o consumidor e a lei 12.414/2011.

Inicialmente, faz-se necessário conceituar o Score de Crédito, segundo informações constantes no site do SERASA, esta ferramenta é utilizada em mais de 100 (cem) países, sendo utilizada por meio do resultado de um cálculo estatístico, cuja finalidade é a de realização de negócios a crédito com menores custos, maior agilidade e segurança. (Entenda o Score de Crédito. 2015).

Esse serviço utiliza informações públicas e outras disponíveis na base de dados da Serasa *Experian*, coletadas de acordo com a lei. O score indica, de maneira estatística, a probabilidade de inadimplência de determinado grupo ou perfil no qual um consumidor se insere, sem afirmar que ele esteve, está ou ficará inadimplente. Uma empresa considera vários fatores para decidir acerca da concessão do crédito, e o *score* é apenas mais um dos vários elementos que podem ser utilizados. A empresa é que decide se vai ou não conceder o crédito. (Entenda o score de Crédito, 2015.).

O Sistema de score é apenas um dos controles estatísticos para análise de concessão de crédito ao consumidor, utilizado para gerenciar a demanda de mercado de uma forma segura. Existem outros sistemas, cujos podem ser classificados como modelos de escoragem comportamental, chamados ainda de *behavioral scoring* e modelos de aprovação de crédito, conhecido por *credit scoring*.

No entanto, trataremos apenas do Sistema de score ou sistema de escore de crédito, o qual é definido como uma pontuação atribuída por algumas empresas de restrição de crédito, segundo o qual, verificam se concederão ou não empréstimos ou financiamentos.

Há julgados que citam que para a utilização de sistemas de escore, é necessária a prévia decisão do Consumidor, assim como determina o Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCENTRE SCORING. SISTEMA DE ANÁLISE DE CRÉDITO POR MEIO DE PONTUAÇÃO. NECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA. ARTIGO 43, §2º, DO CDC. DANO MORAL CONFIGURADO. Para que as empresas possam utilizar o Sistema Concentre Scoring é imperioso que seja o consumidor previamente notificado dos dados que serão fornecidos, observado o previsto no art. 43, §2º do CDC. Comprovada a falha na prestação do serviço, deve a apelada ser responsabilizada pela indevida divulgação dos dados negativos em nome do apelante, realizada sem a observância das exigências legais, conduta abusiva na qual assumiu o risco de causar lesão a esta. Hipótese de fixação da indenização por dano moral, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (TJRS, 2013).

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu por meio do Recurso Especial Nº 1.419.697 - RS (2013/0386285-0), Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento em 12 de novembro de 2014, que esta prática é autorizada pela Lei 12.414/2011, desde que, respeitados os limites do sistema de proteção ao consumidor, veja-se o julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). TEMA 710/STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR. ARQUIVOS DE CRÉDITO. SISTEMA "CREDIT SCORING". COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO. LIMITES. DANO MORAL. I – TESES: 1) O sistema "credit scoring" é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.(BRASIL, 2014).

Neste sentido, o referido acórdão cita que o sistema *credit scoring*, é um método desenvolvido para análise do risco na concessão de crédito, no qual o consumidor é avaliado:

Para os efeitos do artigo 543-C do Código de Processo Civil foram definidas as seguintes teses: "1) O sistema "*credit scoring*" é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "*credit scoring*", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados". (BRASIL, 12 de novembro de 2014.)

Com este mesmo julgado, em Recurso Repetitivo, adveio o Informativo 0551 de 03 de dezembro de 2014, do Superior Tribunal de Justiça, o qual entendeu que o sistema *credit scoring* está dentro dos parâmetros de legalidade "DIREITO DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE DO SISTEMA CREDIT SCORING. RECURSO REPETITIVO" (ART. 543C DO CPC E RES. 8/2008 DO STJ).

Para esta avaliação ao histórico do consumidor, não é necessária autorização deste, apenas esclarecimentos, caso sejam por ele solicitados. Por isso, denota-se que os bancos cadastrais são muito frágeis e caso sejam feridos os direitos à personalidade, o gestor do banco de dados deve ser responsabilizado.

3. O ENFOQUE DOUTRINÁRIO SOBRE O CADASTRO POSITIVO E NEGATIVO SOBRE O FORNECIMENTO DE CRÉDITO

Por ser um instituto relativamente novo, a doutrina nesta temática possui pouquíssimos autores. No entanto, todos eles são pontuais e trazem os comentários a todos os artigos da Lei nº. 12.412/2011, os quais serão explanados no decorrer do presente trabalho.

A diferença entre o cadastro positivo e negativo e a possível discriminação de consumidores.

As expressões cadastro negativo e positivo são muito utilizadas na área jurídica e na econômica visando o tratamento de dados pelas entidades de proteção ao crédito. Leonardo Roscoe Bessa traz ponderações acerca de positivo e negativo:

A alusão à informação negativa ou positiva está, em última análise, se referindo a um juízo de valor – negativo ou positivo – realizado a partir da obtenção e do exame da informação, e praticamente inerente ao juízo de valor se encontra alguma atitude em relação à pessoa cujos dados foram examinados, como denegação do crédito. (BESSA, 2011. P. 34.)

Ante ao conhecimento de que o cadastro positivo é um banco de dados com informações acerca dos pagamentos adimplidos pelos consumidores, vê-se que o cadastro negativo é proveniente dos bancos de dados de proteção ao crédito, tal como a restrição nos cadastros destes.

Afirma Leonardo Roscoe Bessa que não se faz possível estabelecer um rol com informações positivas ou negativas, vez que tudo irá depender do conteúdo destas, bem como da divulgação:

Não é possível estabelecer a priori um rol de informações positivas ou negativas, vez que um mesmo dado, dependendo do contexto de tratamento (coleta, armazenamento e divulgação), pode ter um efeito extremamente negativo (ofensivo) ou não. São absolutamente diversos os efeitos de determinada informação (nome e endereço, por exemplo), conforme tenha sido ela obtida numa lista telefônica ou em relação de maus pagadores. Paul Sieghart, entre outros autores, sustenta que não existem dados ofensivos ou inofensivos, pois a questão – o problema – é o que as pessoas vão fazer com as informações. Importa, dessa forma, sempre verificar o contexto em que determinado dado pessoal é coletado, armazenado e transmitido a terceiros. (BESSA, 2011. P. 35.)

Neste sentido, vê-se que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43, §5º que o crédito é algo positivo, assim, as informações que tragam prejuízo ao consumidor, não devem ser divulgadas, pois se estará analisando a concessão do crédito.

O mesmo raciocínio é aplicável à limitação temporal de informações negativas, estabelecida no §1º do artigo 43. De novo, o sentido de informação negativa se faz pelo juízo de valor negativo consistente em recusa de concessão de crédito, ou seja, não se trata necessariamente de dívida vencida e não paga, embora este tipo de registro seja o que mais conduz à denegação de crédito. A preocupação legal é com o efeito negativo de determinada informação ou conjunto de informações. (BESSA, 2011. P. 36.)

Desta forma, o caráter negativo se evidencia pela recusa de concessão de crédito, pois o efeito da informação é negativo, ainda que o consumidor possua apenas informações positivas, o crédito pode ser negado, tal como é o exemplo um credor que possui mais de um contrato e fica impossibilitado de assumir outro novo ou ainda, aquele consumidor que possui dívida com valor ínfimo e possui seu cadastro negativo, mas lhe é concedido crédito.

Em que pese essa relatividade e as dificuldades em distinguir a informação positiva da negativa, é possível, além de útil, ao menos no que concerne às atividades dos bancos de dados de proteção ao crédito, estabelecer alguns parâmetros para classificação de informações como positivas e negativas, considerando principalmente a mudança – em curso – na forma de atuação das entidades de proteção ao crédito no Brasil. (BESSA, 2011. P. 37.)

Leonardo Roscoe Bessa faz distinção entre as informações negativas e positivas, explanando inicialmente as negativas:

Embora os tempos sejam de mudança, os bancos de dados de proteção de crédito ainda realçam o tratamento dessas informações, que foram denominadas pelo próprio setor de negativas. São negativas porque refletem basicamente a existência de uma dívida vencida e não paga, o que, invariavelmente, implica denegação de crédito. (...) As inscrições de dívidas vencidas e não pagas servem fundamentalmente para embasar uma decisão de recusa de crédito. (BESSA, 2011. P. 38.)

As positivas são dados além daqueles que caracterizam uma dívida vencida e não paga:

Nessa linha de raciocínio, são positivas as informações concernentes a contratos e dívidas com pagamento regular (históricos de crédito), veículos registrados em nome da pessoa, relação contratual com companhias telefônicas e o respectivo código de acesso (número telefônico), registros de passagem ou de consultas anteriores, entre outras. (BESSA, 2011. P. 38.)

Assim, estas informações, farão parte do histórico do consumidor, por meio do banco de dados de adimplementos, conforme preconiza a Lei n.º 12.414/2011.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a realização de um estudo pertinente sobre a Lei do Cadastro Positivo, é possível elencar em sede de considerações finais o posicionamento desta pesquisadora acerca do tema analisado.



Pois bem, de início cumpre salientar que, apesar de a legislação ser aprovada e entrar em vigor sob a justificativa que buscava a melhoria das condições dos créditos bancários aos consumidores que constassem no rol do cadastro positivo, o aspecto negativo da referida lei salta aos olhos quando se muda a perspectiva de análise, em especial quando se enfatiza a respeito dos consumidores que, por variados motivos sofreram em algum período de sua vida pessoal algum problema financeiro que ensejou a sua restrição ao crédito, o que, por conseguinte, ensejaria na impossibilidade deste figurar no cadastro positivo, ocasionando assim uma discriminação latente.

Além disso, outro aspecto relevante diz respeito aos elevados índices de negativas junto aos órgãos de restrições ao crédito que se dão de maneira equivocada ou indevida, o que denota a possibilidade de um consumidor que se amolde na “qualidade” de bom pagador possa ser impedido de figurar no rol do cadastro positivo, e, conseqüentemente, venha a sofrer a censura por parte dos detentores do banco de dados do cadastro positivo, acarretando assim direta ou indiretamente maiores dificuldades para que este adquira um bem por meio de crediários ou financiamentos diversos.

Se analisarmos a questão sob um olhar mais crítico, o que se evidencia é que a legislação visa, indiretamente, proteger os interesses dos detentores das informações dos bancos de dados, eis que permitirá aos interessados que procedam ou concedam financiamento àqueles clientes que contam com histórico positivo de adimplemento de suas obrigações financeiras, reduzindo assim as chances de “calote” em face das

organizações que se utilizam dos bancos de dados criados pela Lei do Cadastro Positivo como norte para a concessão ou negativa de financiamentos.

De qualquer modo, em que pese a tentativa de se criar um mecanismo legal que conceda maiores benefícios aos “bons pagadores”, o que se denota é justamente o oposto, eis que a legislação em questão automaticamente enseja aos consumidores que já estejam ou que estiveram no cadastro de proteção ao crédito (negativo), não possam fazer parte do rol dos “bons pagadores” e, conseqüentemente, não poderão usufruir de menores taxas de juros e poderão ainda não obter o crédito que necessitam, inclusive para regularizar suas dívidas que ensejaram a negativação, o que denota a discriminação decorrente de um instrumento legal, o qual configura o seu maior efeito negativo neste aspecto.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n.º 7.829, de 17 de outubro de 2012**. Acesso em: 15 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7829.htm>

BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: Comentários à Lei n.º. 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

MANTEGA, Guido. Exposição de Motivos. **Medida Provisória 518/2010**. Câmara dos Deputados. Março, 2011 Acesso em: 26 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm>

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro Positivo**: Lei n.º 12.414/2011 comentada por artigo. São Paulo: Saraiva, 2012.

Agenda do setor financeiro 2014. - 1. ed. - Brasília, DF: Confederação Nacional das Instituições Financeiras, 2014. Capítulo 2, p. 31. Acesso em: 25 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.cnf.org.br/documents/19/1123981/CNF_agenda2014_download.pdf/04b702e1-1628-4253-a3a3-3a9ebddf68e2>.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastros de consumidores**. São Paulo: RT, 2002.P.35

BENJAMIN, Antonio Herman apud BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro positivo –** Comentários à Lei 12.414/11. São Paulo: Editora RT, 2011. P. 26 - 27.

MANTEGA, Guido. Exposição de Motivos. **Medida Provisória 518/2010**. Câmara dos Deputados. Março, 2011 Acesso em: 26 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm>

Entenda o Score de Crédito. Acesso em: 26 de abril de 2023. Disponível em: <<http://www.serasaconsumidor.com.br/score-credito/>>

TJRS, **Apelação Cível Nº 70054990544**, Quinta Câmara Cível, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 26/06/2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.419.697 - RS** (2013/0386285-0), Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento em 12 de novembro de 2014



BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.419.697** - RS (2013/0386285-0), Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento em 12 de novembro de 2014.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro positivo** – Comentários à Lei 12.414/11. São Paulo: Editora RT, 2011. P. 34.



A CONFORMIDADE NO AUXÍLIO AO COMBATE DA CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

COMPLIANCE IN HELPING TO COMBAT CORRUPTION IN BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION

Douglas Angelo Ferrari¹

Flávia Jeanne Ferrari²

Antonio Evangelista de Souza Netto³

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar o *compliance* enquanto mecanismo anticorrupção na Administração Pública. A temática justifica-se diante dos incontáveis casos de corrupção evidenciados no setor público que vêm minando cada vez mais os recursos públicos e prejudicando a sociedade em todos os seus setores, limitando o acesso dos cidadãos a serviços básicos e de qualidade. O trabalho busca compreender quais são os fatores necessários e as ações complementares para que o *compliance* torne-se de fato eficiente dentro das instituições públicas, avaliando também as desvantagens da implantação desse mecanismo sem o devido planejamento. Isso por que há de se considerar que o *compliance* trata-se de um mecanismo de ações conjuntas, de incentivo aos valores éticos e ao cumprimento da legislação vigente. Dessa forma, os programas de *compliance* devem trabalhar no sentido da valorização da transparência institucional sem cair no excesso de burocratização, o que pode tornar as atividades administrativas ainda mais engessadas. Assim, foi desenvolvida uma pesquisa de abordagem qualitativa, de procedimento bibliográfico, de modo a analisar os estudos existentes que se referem à temática abordada, com o intuito de alcançar os objetivos propostos.

Palavras-Chave: Compliance. Corrupção. Administração Pública. Mecanismos anticorrupção.

Abstract: The purpose of this article is to analyze compliance as an anti-corruption mechanism in Public Administration. The theme is justified in view of the countless cases of corruption evidenced in the public sector that are increasingly undermining

¹ Possui graduação em Gestão Pública pelo Centro Universitário Internacional (2017), especialização em Direito público pela Faculdade Legale (2020), especialização em Segurança pública pela FACULDADE UNINA (2020) e especialização em Direito Penal e Processo Penal pela FACULDADE UNINA (2022). Atualmente é Policial Militar da Polícia Militar do Paraná. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6162042230506144>>. E-mail: douglasangeloferrari@gmail.com

² Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Integrante do Programa Institucional de Iniciação Científica - PCI junto ao Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA. Associada do Instituto Brasileiro de Direito da Empresa? IBDE. Parecerista da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Acre - MPAC. Conselho Editorial dos Periódicos: Diálogos Possíveis; (UNISBA). Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1064406440921045>>. Email: flaviajeane.ferrari@hotmail.com

³ Juiz de Direito Titular de Entrância Final do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor-Geral do Fórum. Juiz Eleitoral Titular da 69ª Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Diretor do Fórum Eleitoral. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca - Espanha. Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina - Itália. Pós-doutor em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) - Brasil. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1450737398951246>>. E-mail: aesn@tjpr.jus.br



public resources and harming society in all its sectors, limiting citizens' access to basic and quality services. The work seeks to understand what are the necessary factors and complementary actions for compliance to become in fact efficient within public institutions, also evaluating the disadvantages of implementing this mechanism without proper planning. This is because it must be considered that compliance is a mechanism for joint actions, encouraging ethical values and compliance with current legislation. Thus, compliance programs must work towards the enhancement of institutional transparency without falling into excess bureaucratization, which can make administrative activities even more plastered. Thus, a qualitative research was carried out, using a bibliographic procedure, in order to analyze the existing studies that refer to the theme addressed, in order to achieve the proposed objectives.

Keywords: Compliance. Corruption. Public administration. Anti-corruption mechanisms.

INTRODUÇÃO

Os casos de corrupção no Brasil não são novidade e parecem multiplicar-se a cada dia tanto no setor público quanto no privado. Atos infracionais como subornos, troca de favores e desvios de verbas vem minando recursos e denegrindo a imagem das empresas e da Administração Pública (ASSIS, 2016).

Em decorrência disso, há imensuráveis danos à população, principalmente nos casos de corrupção no setor público, uma vez que os recursos que deviam ser investidos para a melhoria do atendimento e serviços prestados aos cidadãos acabam por serem desviados para interesses pessoais ou de outras organizações, comprometendo a eficiência e a integridade de todas as atividades da instituição (GUERRA et al., 2018).

Assim, justifica-se levantar discussões acerca dos meios legais existentes no que tange o combate à corrupção em todos os setores sociais, inclusive no setor público, tendo em vista os grandes prejuízos que tais práticas infratoras trazem ao adequado funcionamento das atividades do Estado e aos serviços prestados à sociedade.

Dessa maneira, o objetivo geral do presente trabalho foi analisar o *compliance* enquanto mecanismo anticorrupção na Administração Pública. Também se objetivou, como objetivos específicos: definir e entender a Administração Pública do Brasil, bem como suas atribuições; definir o conceito de corrupção, suas consequências na administração de instituições públicas e privadas, bem como seus prejuízos aos interesses públicos; observar a legislação e meios legais para o combate e a prevenção à corrupção; contextualizar o *compliance* como mecanismo anticorrupção na Administração Pública.

O presente artigo trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, de procedimento bibliográfico. Logo, considerou-se artigos de periódicos, livros e normativas relacionadas à temática abordada, sem que houvesse quantificação de valores ou dados específicos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A Administração Pública

A Administração Pública é considerada um instrumento neutro do governo que trata de executar ações com o fim de atender os interesses da coletividade. Por definição, a administração calcula ações para alcançar um objetivo definido previamente. Tratam-se de ações conjuntas e hierarquizadas que buscam atingir um determinado bem comum (PALUDO, 2013).

Além da organização de atividade e ações estratégicas, a administração pública há de tratar da gestão dos recursos disponíveis, de modo a direcioná-los adequadamente à objetivos e necessidades específicos da população (FRANZONI, 2018).

Nesse âmbito de gerir recursos para um bem comum, Moreira Neto (2014) explica que a administração pública se compõe de cinco elementos que, quando bem articulados, promovem uma boa administração. Tais elementos são:

[...] atividades, pessoas, recursos, objetivos e interesses. Por (1) atividades, deve-se entender a de planejamento, a de decisão, a de execução e a de acompanhamento de atos racionalmente articulados atingirem o resultado planejado; (2) as pessoas são os indivíduos ou entes de qualquer natureza que manifestam a vontade geradora das atividades desenvolvidas; (3) os recursos são os bens e serviços a serem empregados para a realização das atividades; (4) os objetivos são alterações que essas atividades deverão introduzir na realidade para que, em consequência; (5) os interesses, que constituem as finalidades da ação administrativa a serem satisfeitas, uma vez alcançados os seus resultados (MOREIRA NETO, 2014, p. 204).

Desse modo, a Administração Pública depende da qualidade de cada um desses elementos e na efetividade da relação entre eles, sendo cabível ainda especificar mais a fundo da um desses. As ditas atividades são as ações e funções a serem executadas pelo Estado, embasado em seu direito e nas normas vigentes.

As pessoas são os indivíduos a quem são destinadas o desenvolvimento das supracitadas funções. Essas pessoas podem responder a setores públicos ou privados, tendo suas próprias competências e responsabilidades definidas.

Ao passo que os recursos podem ser dos mais diversos tipos, inclusive financeiros. Esses recursos devem ser corretamente destinados e aplicados na execução das atividades determinadas pelo Estado, tendo em vista o bem público, uma vez que tais recursos são também de origem pública.

Os objetivos citados pelo autor são justamente os direitos e deveres constitucionalmente garantidos por lei, os quais dizem respeito, numa esfera mais ampla, aos interesses coletivos (BANDEIRA DE MELLO, 2005).

Visto dessa maneira, nota-se que a Administração Pública pode ser composta por órgãos estritamente do Governo e que prestam serviços ou executam funções de competência estatal ao mesmo. Nesse sentido, pode-se definir uma administração direta e indireta (BASTOS, 2002).

O primeiro caso pode ser definido da seguinte maneira, segundo Paludo (2013):

[...] compreende as competências e serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, assim como os órgãos dos poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público da União. A Administração direta é composta pelos próprios órgãos dos poderes que compõem as pessoas jurídicas de Direito Público com capacidade política ou administrativa. São os órgãos da Presidência da República (13), os Ministérios (24), a Advocacia-Geral da União, a Câmara Federal, o Senado, o Tribunal de Contas da União, os Tribunais do Poder Judiciário e o Ministério Público da União. Esses órgãos não possuem personalidade jurídica própria e pertencem ao ente público maior (União, Estados, Municípios) (PALUDO, 2013, p. 42).

Esse tipo de administração desenvolve suas atividades através de órgãos desprovidos de capacidade jurídica, as que são conjuntos de competências relacionadas à determinada entidade estatal.

Já a Administração indireta:

[...] é composta, exclusivamente, por pessoas administrativas; é constituída por entidades de Direito Público e Privado. Todas têm personalidade jurídica própria e autonomia, e agem por outorga do serviço ou pela delegação da execução. As entidades da Administração indireta exercem de forma descentralizada as atividades administrativas ou exploram atividade econômica, e encontram-se vinculadas aos órgãos da Administração direta (ao Ministério correspondente) (PALUDO, 2013, p. 43).

Quando ocorre de tais entidades administrativas fornecerem serviços de cunho público ou que dizem respeito aos interesses públicos, as mesmas recebem a denominação de fundações ou autarquias. Também se enquadram nessas

características de administração as empresas estatais, consórcios públicos e sociedades de economia do tipo mista (PALUDO, 2013).

Quanto à Administração Pública, a Constituição Federal, em seu artigo 37 determina que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Esses são os princípios que devem reger as atividades da administração pública, salvaguardando a mesma de atos venais (MOREIRA NETO, 2014).

2.2 Desvios de conduta na Administração Pública

Alheio ao que determina a Constituição Federal de 1988 a respeito da conduta na Administração Pública, não é raro, antes frequente, a ocorrência de casos de corrupção em todos os setores públicos, no que tange a gestores de estatais e em demais cargos hierárquicos (BERCOVICI, 2005).

Esses casos geram desvios e desperdícios de bens e recursos públicos em toda a esfera administrativa. Essas ocorrências têm minado e comprometido as obras, ações e serviços de bem e interesse público do país, prejudicando a coletividade como um todo (GUERRA et al., 2018).

A corrupção abarca diversas tentativas de definição, das quais valemo-nos aqui da de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998) segundo o qual a corrupção:

[...] designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 291).

De modo análogo, Zaid (1981 apud ZANCANARO, 1995, p. 14), de maneira simples e direta coloca que “a corrupção consiste em apoderar-se de um poder cedido, em usá-lo como se fora propriedade sua”.

Num viés semelhante, Gingerich (2007) trata a corrupção como:

[...] um comportamento desviante de parte dos servidores públicos, eleitos ou não, que vise a obtenção de recursos para a promoção do bem-estar de um determinado indivíduo ou grupo ou que vise atingir um objetivo político através do mau uso da autoridade ou dos recursos provenientes de tal posição (GINGERICH, 2007, p. 12).

Ora, as funções administrativas estatais não são propriedades do gestor público. Antes, este último ocupa temporariamente um cargo cuja principal função é servir ao interesse público e gerir seus recursos de maneira transparente e íntegra com os preceitos legais (ZANCANARO, 1995).

Logo, agir em desacordo com esses princípios fere não somente a legislação, mas o direito de toda a coletividade, uma vez que prejudica serviços e ações dos quais todos devem ter acesso e usufruir (GINGERICH, 2007).

Nesse contexto, há de se considerar que o setor administrativo e mesmo o empresarial mostram-se campos muito dinâmicos, compostos de relações interpessoais, níveis de responsabilidade, poder e hierarquias de cargos. Nesse cenário é comum que os indivíduos se encontrem suscetíveis a desvios de conduta (MEDEIROS NETTO, 2017).

A respeito destes desvios de conduta, Medeiros Netto (2017, p. 8) ainda complementa que “o homem jamais estará imune. Isto porque as relações empresariais estão intimamente atreladas às relações interpessoais, não raro embasadas em emoções, anseios e fraquezas inerentes a condição de ser humano”.

Visto dessa forma, e considerando os enormes prejuízos advindos de tais práticas indevidas, faz-se necessário a utilização de processos e mecanismos anticorrupção nos setores públicos e privados, como forma de educação e punição de atos ilícitos (ABDALA, 1994).

2.3 Legislação e mecanismos anticorrupção

A nível internacional, há tempos vêm-se desenvolvendo mecanismos anticorrupção nos mais diversos setores, inclusive desde o início do século XX nos Estados Unidos. Já no Brasil, os avanços nessa área são mais tardios, sendo estabelecidos apenas nas últimas décadas.

Assim, foi criada, em 2013, a chamada Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013. Até então no Brasil não haviam meios legais de punir pessoas jurídicas em casos evidenciados de corrupção em transações internacionais, como no caso de subornos estrangeiros (PRAZERES, 2003).

A Lei 12.846/2013, portanto, define as providências acerca de infrações cometidas na administração pública. Em termos, o art. 1º estabelece que a lei “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela

prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (BASTOS, 1990).

Em seu Artigo 5º, a lei ainda define os atos lesivos à administração pública, nos seguintes termos:

- I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV - no tocante a licitações e contratos [...]
- V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional (BRASIL, 2013).

Dessa forma, a Lei 12.846/2013 veio a complementar normas já existentes, como a Lei 6.385/76 que trata do Mercado de Valores no ramo Mobiliário, a Lei 8.666/93 que trata de Licitações e a Lei 8.884/94 que trata da proteção da Ordem Econômica (GABARDO, 2015).

No âmbito dos mecanismos anticorrupção, existem outros recursos além das normas propriamente ditas, ou seja, agências reguladoras, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que controla ações e determina sanções para a livre concorrência do mercado e o *compliance* (PEREIRA NETO, 2015), as quais, além de serem um meio de prevenir atos infracionais no setor administrativo, também determinam punições e restrições a empresas e instituições que já tenham causado prejuízos ao recurso e interesses público (ARAGÃO, 2011).

2.4 Compliance na Administração Pública

O *compliance* é um termo originário da administração do setor privado americano, que se disseminou pelo mundo. Trata-se de um programa de gestão interno da empresa ou instituição, com o intuito de prevenir e não acobertar casos infracionais, além de reportar tais atos às autoridades quando necessário (TUKAHARA, 2018).

Mais especificamente, pode-se definir o *compliance* como:

[...] sistemas de controles internos de uma instituição que permitam esclarecer e dar segurança àquele que se utiliza de ativos econômico-financeiros para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques, não somente à instituição, como também, aos seus clientes, investidores e fornecedores (BENEDETTI, 2014, p. 75).

Visto desta maneira, o *compliance*, se bem aplicado, pode constituir um mecanismo muito eficiente no que diz respeito ao combate à corrupção, pois trata-se de um programa interno da empresa, onde cada membro torna-se responsável por fiscalizar as ações, permitindo à instituição corrigir as infrações muito antes que as mesmas causem danos maiores à empresa, aos sócios e ao interesse público (RIBEIRO; DINIZ, 2015).

Nesse sentido, Assis (2016) salienta a importância de a instituição disponibilizar aos seus colaboradores canais e meios para que os mesmos possam comunicar atos infratores e ilícitos que venham a ocorrer. É fundamental permitir que as denúncias e comunicações possam ser feitas de maneira anônima.

Além disso, ao tratar de suas questões internas com transparência e ética, a empresa passa a construir uma autoimagem de segurança e confiabilidade para o mercado, investidores e cidadãos quando adota e pratica o *compliance* no seu cotidiano. De acordo com Ferreira e Bertoncini (2016, p. 126), ao estabelecer um programa de *compliance*:

A missão, visão e valores da empresa ganham destaque na seara [...] agregando valor à marca e atraindo investimentos por conta da transparência maximizada. Seu objetivo não é o de reprimir comportamentos desviados, mas de preveni-los e, quando já ocorridos, remediar os efeitos danosos de tanto. Portanto, *compliance* se faz a cada dia, todos os dias, diferentemente da simples auditoria interna que se dá por amostragem, em casos específicos ou por ciclos (FERREIRA; BERTONCINI, 2016, p. 126).

Assim, um programa de *compliance* bem estruturado pode promover e incentivar ações coletivas para a clareza nos processos da instituição, na prestação de contas e na transparência de suas funções ao público, ao Estado e aos seus próprios colaboradores.

Mesmo que as definições citadas anteriormente façam alusão ao setor privado, o *compliance* é altamente moldável aos mais diversos contextos, sendo inclusive aplicável ao setor da Administração Pública (VERISSIMO, 2017).

Porém, há de se considerar todos os efeitos decorrentes da implementação de um programa de *compliance* no setor público. Um dos principais aspectos a se considerar é os trâmites burocráticos já existentes. Nesse caso, o *compliance* poderia vir a engessar ainda mais os procedimentos da administração pública, comprometendo, em decorrência, toda a eficiência do setor (BRAGA; GRANADO, 2017).

Assim, ao estabelecer o *compliance* no setor público, é preciso que suas ações estejam pautadas na simplificação e no incentivo de valores éticos entre os servidores, sem cair no erro de burocratizar ainda mais a administração com normas extras. Logo, também se tem de estabelecer uma atenção maior com a eficiência da Administração Pública, prescrevendo ao programa de *compliance* a atenção também com os fins ou objetivos do trabalho público. Ou seja, atentar-se para garantir que os interesses públicos estão sendo atendidos em conformidade com as funções de cada instituição (MEDEIROS NETTO, 2017).

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente trabalho foi desenvolvido através da pesquisa de abordagem qualitativa, de procedimento bibliográfico. Dessa maneira, foram realizadas pesquisas e estudos acerca da Administração Pública, desvios de conduta e *compliance* com o intuito de compreender a importância deste último como mecanismo anticorrupção no setor público. A pesquisa desenvolvida, bem como as conclusões às quais chegou-se foram alcançadas sem que houvesse quantificação de valores ou dados específicos (GERHARDT, SILVEIRA, 2009).

Para o procedimento de pesquisa, foram considerados artigos de periódicos e revistas especializados em Direito Administrativo principalmente os publicados nos últimos anos, bem como as legislações nacionais e acordos internacionais anticorrupção, além de livros da área e pertinentes à temática abordada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tomou por objetivo analisar o *compliance* enquanto mecanismo anticorrupção no setor da Administração Pública. Logo, a partir do que foi visto, entende-se ser um equívoco limitar a fiscalização e os métodos anticorrupção a apenas ao *compliance*, uma vez que o mesmo se trata de um meio dinâmico e que

deve vir associado a uma cultura já preestabelecida de ética, transparência e prestação de contas dentro de qualquer instituição.

E no âmbito público nacional, já tão conhecido pela alta burocratização, inserir um programa de *compliance* apenas como mais um conjunto de normas e exigências internas a se cumprir, pode prejudicar ainda mais o andamento dos serviços públicos, preconizando ainda mais o entendimento aos interesses da população.

Logo, o *compliance* não deixa de ser um mecanismo eficiente para combate, prevenção e punição de ações infracionais – principalmente no setor privado. Entretanto, no setor público, programas de *compliance* devem ser planejados com mais cuidado, tendo em vista uma prévia preparação dos agentes públicos, desenvolvendo assim uma cultura ética e senso de responsabilidade dentro de cada setor, de modo que tenham sempre em vista que estão todos ali à serviço de um interesse público e, inclusive utilizando recursos de origem pública (BERCOVICI, 2003).

Quanto ao necessário cuidado que o servidor deve ter ao trabalhar com os interesses e administrar os recursos públicos, Ferreira e Bertoncini (2016) chama a atenção para a importância de se considerar o controle e o acesso do cidadão aos processos das instituições públicas, como parte do programa de *compliance*. Afinal a transparência nas ações internas é fundamental tanto para a melhora da imagem de uma empresa privada no mercado quanto para melhorar a confiabilidade dos cidadãos na Administração Pública, bem como sua própria eficiência.

Corroborando nesse sentido a Lei nº 12.527/2011, conhecida como a Lei de Acesso à Informação, que garante ao cidadão livre acesso às informações acerca de todos os órgãos e entidades públicas. Assim, nota-se a presença de programas de *compliance* bem como ferramentas normativas e demais entidades reguladoras que trabalham para combater a corrupção na ordem da Administração Pública e no setor privado, entretanto, tais ações somente podem tornarem-se efetivas quando empregadas de forma conjunta.

Conclui-se, portanto, que apenas um programa de *compliance* isolado pode não ser suficiente para estancar os casos de corrupção no setor público. Porém, a educação no sentido de desenvolver uma cultura de ética e responsabilidade no serviço público, aliada à meios legais para a punição efetiva dos infratores, além da cobrança e fiscalização constante por parte do cidadão acerca das ações da



Administração Pública, podem, quando aliados, inibir atos de cunho infrator e casos de corrupção, os quais tanto denigrem os direitos fundamentais da sociedade.



REFERÊNCIAS

ABDALA, Edson Vieira; POPP, Carlyle. **Comentários à nova lei antitruste**. Curitiba: Juruá, 1994.

ARAGÃO. Alexandre Santos de. **O Poder Normativo Das Agências Reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ASSIS, Sérgio Augusto Alves de. **Norma anticorrupção e os programas de compliance no direito brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social). Universidade de Marília, Marília, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 19. ed.rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**: Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: QuartierLatin, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. UnB, 1998.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em: 06 fev. 2020.



BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em: 5 fev. 2020.

FERREIRA, Daniel; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. A importância do controle cidadão nos programas de integridade (*compliance*) das empresas estatais com vistas ao desenvolvimento nacional. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 45, p. 115-134, 2016.

FRANZONI, Ana Maria Benciveni. **Maturidade em gestão do conhecimento na Administração Pública: um estudo na Prefeitura Municipal de São José/SC**. 2018. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

GABARDO, Emerson et al. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 15, n. 60, p. 129-147, 2015.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Plageder, 2009.

GINGERICH, Daniel W. **Corruption in general equilibrium: political institutions and bureaucratic performance in South America**. 2007. Tese de Doutorado. Harvard University, 2007.

GUERRA, Sidney Cesar Silva et al. A corrupção na administração pública como elemento violador de direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Actual**, n. 10, p. 245-261, 2018.

MEDEIROS NETTO, Lara Pinheiro de. *Compliance* público: uma visão crítica. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Forense, 2014.

PALUDO, Augustinho Vincente. **Administração pública**. Elsevier, 2013.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. **Comercio Internacional e protecionismo: As barreiras técnicas na OMC**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.



RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance* e lei anticorrupção nas empresas. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 205, p. 87-105, 2015.

TUKAHARA, Victor Hideki. Compliance como fator determinante ao combate à corrupção. **Jus Navigandi**, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69895/compliance-como-fator-determinante-ao-combate-a-corrupcao>> Acesso em 5 fev. 2020.

VERISSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAID, Gabriel. **El progreso improductivo**. Debolsillo, 1981.

ZANCANARO, Antônio Frederico. A corrupção político-administrativa no Brasil. **Revista de Ciências Humanas da UNIPAR**, v. 3, n. 10, 1995.



AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE TRABALHO: A FIGURA DO EMPREGADO “HIPERSUFICIENTE”

AUTONOMY OF WILL IN EMPLOYMENT CONTRACTS: THE FIGURE OF THE “HYPER-SUFFICIENCY” EMPLOYEE

Charise Leine Cercal¹

Manuela Fernanda Gonçalves Ferreira²

Resumo: Este trabalho busca analisar diante da ótica protecionista trabalhista, se a figura do (hiper)suficiente encontra respaldo na matriz principiológica constitucional e do direito do trabalho, visto que altera a essência do Direito do Trabalho desprotegendo o trabalhador que possui as mesmas características de subordinação dentro da relação empregatícia. Constata-se que o hipersuficiente não está amparado no ordenamento juslaboral brasileiro, vez que a diferenciação pelo padrão remuneratório e nível intelectual deixa o hipersuficiente, subordinado, “negociar” (suprimir e retirar) seus direitos trabalhistas diretamente com o empregador.

Palavras-Chave: hipersuficiente, proteção, reforma trabalhista.

Abstract: This paper seeks to analyze, from a labor protectionist perspective, whether the (hyper)sufficient figure finds support in the constitutional principle matrix and in the labor law, as it changes the essence of the Labor Law by de-protecting the worker who has the same characteristics of subordination within of the employment relationship. It appears that the hyper-sufficient is not supported by the Brazilian legal system, since the differentiation by remuneration standard and intellectual level makes the hyper-sufficient, subordinate, “negotiate” (suppress and withdraw) their labor rights directly with the employer.

Keywords: hypersufficiency, protection, labor reform.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a figura do empregado hipersuficiente, trazido ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 13.467/17³, do parágrafo único ao art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho.⁴

O Direito do Trabalho tutela o empregado nas relações laborais a partir do princípio da proteção, tendo em vista sua condição de hipossuficiência no contexto dessa relação de poder. A Reforma Trabalhista instituída foi formulada em um

¹ Graduanda em Direito pela Unisociesc. E-mail: charise.cercal@gmail.com. Artigo submetido para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora Profª Manuela Fernanda Gonçalves Ferreira.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Univalli. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. E-mail: manuela.ferreira04@gmail.com

³ Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁴ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2021.



contexto de instabilidade no cenário econômico, político e social em que o país atravessava, seu condão objetivava trazer liberdade nas relações de trabalho, do qual, o propósito era a modernização das relações trabalhistas, trazendo em seu bojo diversas alterações significativas que modificaram o ordenamento jurídico laboral.

Neste cenário umas das inovações mais polêmicas deu-se devido à criação de uma (nova) categoria de trabalhador, o empregado “hipersuficiente”, expresso no artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, o empregado “hipersuficiente”, é, portanto, aquele que possui diploma de nível superior e percebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, cuja disposição legal dota o hipersuficiente de capacidade jurídica para negociar de forma direta com seu empregador sem o intermédio do ente sindical, desconsiderando a hipossuficiência dessa relação empregatícia.

Sob o enfoque do empregado hipersuficiente, o presente artigo propõe-se analisar diante da ótica protecionista do direito do trabalho, se a figura do (hiper)suficiente encontra respaldo na matriz principiológica constitucional e do direito do trabalho. Neste contexto, pretende-se verificar se o empregado hipersuficiente é abarcado pelas proteções principiológicas e constitucionais ao trabalhador, visto que altera a essência do Direito do Trabalho desprotegendo o trabalhador que possui as mesmas características de subordinação dentro da relação empregatícia.

Deste modo, por meio de pesquisa bibliográfica e qualitativa, utilizando-se do método dedutivo, analisar-se-á, primeiramente, a evolução do direito do trabalho, bem como suas proteções principiológicas e constitucionais e o papel destes princípios na estruturação da proteção efetiva da parte hipossuficiente, verificar-se-á, posteriormente, assuntos da relação de emprego e seus requisitos, estes primordiais, como a subordinação nas relações laborais, e, por fim será versado, tal como analisado sobre a reforma trabalhista e a flexibilização das normas juslaborais, sobretudo, sobre a criação da nova categoria de trabalhador o “hipersuficiente”, ademais será apresentada uma abordagem crítica à luz dos princípios do direito do trabalho e a proteção constitucional aos trabalhadores.

2. PROTEÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS E CONSTITUCIONAIS AO TRABALHADOR

O Direito do Trabalho surge com a sociedade industrial e o trabalho assalariado, ou seja, com a Revolução Industrial, no século XVIII⁵, assim como qualquer ciência do Direito, o Direito do Trabalho se dá através de suas evoluções, desenvolvendo-se no transcurso do tempo, fato é que o ordenamento trabalhista ao longo dos anos sofreu e sofre mudanças em seu bojo, dado que a evolução do direito do trabalho resulta de diversos fatores econômicos, sociais e políticos. Destarte o trabalho humano desde os primórdios existia, e continuará existindo. Como considera Leite⁶ “Embora nem sempre coincidam os momentos históricos em todas as regiões do mundo, é possível compreender a história do trabalho por meio da evolução dos modos de produção de bens e serviços”. Assim, o Direito do Trabalho é um conjunto de normas jurídicas e princípios que regem as relações de trabalho, regulando as relações laborativas na sociedade, em consonância a definição de Martins⁷:

Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas.

O Direito do Trabalho, desse modo, exerce o relevante papel de assegurar patamares mínimos de dignidade e justiça social, impedindo que a busca pela obtenção de lucros e a concorrência acabem impondo níveis inaceitáveis de exploração do trabalho humano, em afronta aos valores magnos da liberdade, justiça, solidariedade e bem comum⁸. À vista disso, é primordial compreender todo o traçado histórico do Direito do Trabalho e sua importância na sociedade, uma conquista de direitos e deveres obtidos ao longo dos períodos da história. A finalidade do Direito do Trabalho é estabelecer medidas protetoras ao trabalho, assegurando condições dignas de labor⁹, oportuno mencionar que especificamente esse ramo do Direito vem

⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015., p.26.

⁶ Leite, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.37.

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Manual de direito do trabalho. 12. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p.18.

⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 7 ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015., p.28.

⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 7 ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015., p.32

para regular as relações de trabalho e tutelar o polo mais fraco dessa relação jurídica, a classe trabalhadora, visando possibilitar melhorias nas condições do labor.

A evolução do Direito do Trabalho no Brasil eleva-se com Vargas em 1930, surgindo uma política trabalhista, cria-se o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, legislando temas como salário-mínimo, justiça do trabalho, trabalho das mulheres, dentre outros. Em 1934 tem-se um marco, dado que é a primeira Constituição a versar sobre as normas trabalhistas, positivando direitos coletivos - liberdade sindical, isonomia salarial, jornada de trabalho de oito horas, férias e repouso semanal. Para corroborar, Nascimento diz que:

A primeira Constituição a tratar de Direito do Trabalho foi a de 1934, garantindo a liberdade sindical, isonomia salarial, salário-mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal, férias anuais remuneradas (art. 121).¹⁰

No mesmo sentido inspirada na *Carta del Lavoro*¹¹ a Constituição de 1937 instituiu o sindicalismo único, criam-se o imposto sindical, para além disso objetivando evitar um entendimento direto entre os empregadores e trabalhadores designa-se a competência normativa dos tribunais do trabalho, viés de uma constituição corporativista, que inclusive considerava a greve um recurso nocivo ao trabalho. Com um regramento jurídico esparso, por diversas constituições ao longo do tempo, houve a necessidade da criação de sistematização das leis trabalhistas, cria-se então através do Decreto-Lei nº 5.452 de 1943 a CLT - Consolidação das Leis de Trabalho, reunindo as leis de uma forma organizada. Na mesma toada histórica a Constituição de 1964 abarcou a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, bem como algumas estabilidades e outros direitos previamente elencados. Nesta continuidade, a Constituição de 1949 previu direitos e garantias como o 13º salário, enquanto a de 1969 não inovou, trazendo os direitos já positivados na norma trabalhista. Cumpre mencionar que através dos anos houve edições de leis que versavam temáticas novas ou redações melhoradas das leis anteriores.

A Carta Magna de 1988 estabeleceu que os direitos trabalhistas fossem inseridos na organização “Dos Direitos Sociais e Dos Direitos e Garantias

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 22 ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 49.

¹¹ A Carta Del lavoro, editada em 21 de abril de 1927 pelo Gran Consiglio Del Fascismo, foi o documento político fundamental do ordenamento corporativo, documento de orientação que deveria guiar as relações de trabalho italianas.



Fundamentais” e não mais nos tópicos de ordem econômica e social, podemos afirmar que a Constituição de 1934, versou primeiramente sobre os direitos trabalhistas, contudo foi Constituição de 1988, que trouxe em seu arcabouço valores que tornaram o direito do trabalho uma garantia fundamental, intervindo sobre o Estado Democrático de Direito de acordo com Leite¹².

Com o advento da Reforma Trabalhista em 2017 houve inovação por parte do legislador, alterando mais de 100 artigos da CLT cuja finalidade era a modernização nas relações de trabalho, a reforma foi sancionada em 13 de julho de 2017 pelo Michel Temer e passou a vigorar em 11 de novembro de 2017.¹³ Uma das inovações mais controversa foi a criação de uma (nova) categoria de trabalhador, o empregado “hipersuficiente”, expresso no art. 444 da CLT, o empregado “hipersuficiente”, é, portanto, aquele que possui diploma de nível superior; e percebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, cuja dispositivo legal confere ao hipersuficiente uma capacidade jurídica para negociar de forma direta com seu empregador sem o intermédio da entidade sindical.

Igual a outros ramos da ciência jurídica, o Direito do Trabalho possui seus princípios próprios, os quais devem orientar e inspirar o legislador, seja na elaboração da norma trabalhista, ou como um intérprete na aplicação destas, os princípios basilares do Direito do Trabalho estão presentes na Constituição Federal de 1988, tais como: o princípio da dignidade humana e a valorização do trabalho, outros podem ser encontrados na Consolidação das Leis do Trabalho, estes mais protecionistas, como o princípio da norma mais favorável e o princípio da irrenunciabilidade. Miguel Reale¹⁴ explica que os princípios são verdades ou juízos fundamentais, servindo de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, nesta toada Rodriguez¹⁵ diz que os princípios têm: função informadora (inspiram o legislador); função normativa (atuam como fonte supletiva, no caso de ausência de lei) e função interpretativa (operam como critério orientador do juiz ou do intérprete). Romar¹⁶ alude que os princípios são

¹² Leite, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.

¹³ A Reforma Trabalhista foi sancionada em 13 de julho de 2017 pelo Presidente Michel Temer, Lei Nº 13.467, e passou a vigorar em 11 de novembro 2017.

¹⁴ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p.60.

¹⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho: tradução de Wagner D. Giglio. 3. Ed. Atual. São Paulo: LTr.2002.

¹⁶ ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho. Carla Teresa Martins Romar; coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.

preceitos fundamentais e servem de fundamento para os seus institutos e sua evolução, constituindo um núcleo inicial do Direito. Assim, os princípios são regras, que comandam o sistema jurídico e norteiam o ordenamento.

No Direito do Trabalho, os princípios têm a finalidade de garantir aos trabalhadores proteção, tendo em vista a hipossuficiência do empregado diante do empregador. Consequentemente, se faz necessária a abordagem dos princípios constitucionais do trabalho e suas proteções principiológicas, cujo intuito é comparar com a redação dada pelo art. 444 da CLT, a fim de verificar se a norma afastou os princípios basilares, que serão analisados. Os princípios constitucionais do trabalhador tencionam à proteção destes, e sua previsão encontra-se na Constituição Federal.

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa no art. 1º, III, da CF/88¹⁷, visa garantir direitos fundamentais a todos os cidadãos, é um direito inerente ao homem, abrangendo e de igual forma inserido nos direitos sociais, de suma importância exerce um papel fundamental, pois o cidadão precisa de um trabalho para garantir um mínimo existencial e, por conseguinte sua dignidade. Enquanto princípio o da valorização do trabalho e emprego se espalha em vários artigos da Constituição, como nos artigos: art. 1º, IV, art. 6º, art. 7º e art. 193, estabelecido como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Dispostos na Carta Magna estão os direitos sociais, a determinação que o trabalho faz parte de um direito social, direitos e proteções aos trabalhadores, cabe salientar que o preceito do art. 170 elenca que a ordem econômica fundada na valorização do trabalho tem a finalidade de assegurar uma existência digna a todos, intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O Direito do Trabalho tem como um de seus princípios basilares o Princípio da Proteção, em que pese as forças entre empregado frente ao empregador é de desigualdade, o protecionismo tem por função corrigir as desigualdades de uma relação jurídica superior em favor do empregado, vez que, sua condição decorre da hipossuficiência e seu propósito fundamental é desnivelar as desigualdades que são conferidas dada a situação econômica desfavorável.

Nesse sentido, explica Romar:

¹⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

O princípio protetor é o critério que orienta todo o Direito do Trabalho e com base no qual as normas jurídicas devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas e as relações jurídicas trabalhistas devem ser desenvolvidas. Este princípio tem por fundamento a proteção do trabalhador enquanto parte economicamente mais fraca da relação de trabalho e visa assegurar uma igualdade jurídica entre os sujeitos da relação, permitindo que se atinja uma isonomia substancial e verdadeira entre eles.¹⁸

O Princípio da Proteção se subdivide em três formas: in dubio pro operário - em caso de dúvida, beneficia-se o trabalhador. De acordo com Leite o referido princípio auxilia na interpretação da norma trabalhista em prol do trabalhador, para que quando defrontar-se com uma norma trabalhista que permita mais de uma interpretação deverá prevalecer aquela que for mais benéfica ao empregado¹⁹.

No mesmo patamar do entendimento de Garcia.

O polo mais fraco da relação jurídica de emprego merece um tratamento jurídico superior, por meio de medidas protetoras, para que se alcance a efetiva igualdade substancial, ou seja, promovendo-se o equilíbrio que falta na relação de trabalho, pois, na origem os seus titulares normalmente se apresentam em posições socioeconômicas desiguais.

Já a condição mais benéfica para o trabalhador segundo o preceito de Rodríguez são que cláusulas benéficas somente poderão ser suprimidas caso precedida por outra, posterior, ainda mais benéfica e a mais favorável, se existir uma pluralidade de norma ao caso concreto utiliza aquela que se mostra mais vantajosa ao trabalhador, ainda que essa suponha uma quebra de hierarquia. Nessa lógica há a norma mais favorável, que ao se deparar com várias normas que versam sobre o tema, deverá prevalecer a mais favorável ao empregado.

A aplicação da regra da norma mais favorável torna flexível a hierarquia das normas trabalhistas, devendo ser considerada como mais importante, em cada caso concreto, a norma mais favorável ao trabalhador, ainda que esta não seja a Constituição Federal ou uma lei federal.²⁰

Para além disso, o Direito do Trabalho tutela o empregado nas relações laborais, a partir do Princípio da Proteção, tendo em vista sua condição de

¹⁸ ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho. Carla Teresa Martins Romar; coordenador Pedro Lenza.

¹⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Consolidação das Leis do Trabalho - 70 Anos Depois: Reforma Trabalhista, Desregulamentação e Flexibilização. 2018, p.94.

²⁰ ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho. Carla Teresa Martins Romar; coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.19.

hipossuficiência no contexto dessa relação de poder, buscando garantir um equilíbrio entre o hiper - empregador e o hipossuficiente - empregado. Esta proteção é fundamental, visto que o trabalhador não possui condições ou paridade de forças para negociar livremente seu contrato de trabalho. Destarte, caracteriza como uma premissa fundamental na tutela dos direitos trabalhistas o Princípio da Proteção, porquanto, fornece um arcabouço principiológico protetor ao trabalhador, porém desvirtuado, face a essa nova categoria de trabalhador, o “hipersuficiente”, que transige direitos trabalhistas fundamentais consagrados ao longo da história laboral.

A baila vem a hipossuficiência, característica básica em uma relação empregatícia, o conceito para Morais é que “o sistema jurídico brasileiro reconhece ao empregado a condição de ser o agente mais fraco na relação de trabalho”²¹, a hipossuficiência abrange sentidos como a dependência econômica do empregado face ao empregador, a submissão hierárquica, a constrição de sua vontade e inclusive a posição vulnerável nas negociações, fato é que a hipossuficiência se origina no aspecto econômico, contudo repercute na condição humana do trabalhador²², assim descreve Merçon. Já para Plá Rodríguez, o Direito do Trabalho busca sempre proteger a parte hipossuficiente para que haja uma igualdade considerável entre as partes²³. Desse modo, o trabalhador é hipossuficiente, não limitado somente ao campo econômico, mas também da posição que ocupa como o polo vulnerável nas relações trabalhistas.

[...] há de ser entendido no seu sentido amplo, isto é, tanto no aspecto da igualdade formal quanto no da igualdade substancial. Disso resulta a necessidade de adaptação da aplicabilidade deste princípio nos domínios do direito processual do trabalho, no qual se observa, não raro, manifesta desigualdade econômica entre as partes que figuram no processo²⁴.

Nesta senda, é mister aludir que o texto legal da criação do hipersuficiente desprezou o ponto crucial da característica básica de uma relação empregatícia, a

²¹ MORAIS, Fernando Franco. Hipossuficiência e as novas relações de trabalho: estudo crítico de acordo com a ordem econômica constitucional. Dissertação de Mestrado. Universidade de Marília, 2017, p.15.

²² MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Direito do Trabalho Novo. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27130/paulo_gustavo_mercon.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 09 out. 2021.

²³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho: tradução de Wagner D. Giglio. 3. Ed. Atual. São Paulo: LTr.2002, p.85.

²⁴ Leite, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.83.



hipossuficiência, dado que, ao considerar que o empregado é hiper e que está em posição igual de negociação com o empregador não é factível, em virtude de subsistir a subordinação e vulnerabilidade na relação de trabalho. Do caput do art. 5º, da CF/88, extrai-se o direito fundamental da igualdade, todos são iguais perante a lei, sem que haja qualquer modo de distinção, diante disto, temos o princípio da igualdade, ou também dito como o da isonomia, este dispõe que entre os indivíduos deverá haver um tratamento igualitário, regulando sobre direitos e deveres que são comuns a todas as pessoas. Contudo, salienta-se que a noção de igualdade deverá ser interpretada constitucionalmente sob a égide da equidade, garantindo tratamento desigual para os desiguais, de igual forma, preciosas no âmbito justtrabalhista, adequar-se à realidade conferindo quando necessário tratamento aos iguais igualmente e aos desiguais desigualmente, “tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, desta forma, trata-se de igualdade material.

Em que pese nas relações laborais deverá haver um tratamento isonômico na adoção de medidas e ou legislações trabalhistas que interfiram na relação de hipossuficiência do trabalhador, conceito fundamental para garantir a proteção do trabalhador, mas a concessão de tratamento diferenciado aos empregados hipersuficiente dos demais, faz com que haja uma nova categorização de trabalhador que viola o princípio da igualdade, afinal todos preenchem os requisitos para serem considerados empregados e possuem a mesma vulnerabilidade e hipossuficiência na relação empregatícia, devendo haver direitos e deveres comuns aos trabalhadores.

No Princípio da Irrenunciabilidade e da Intransacionabilidade, em suma, não se admite que o trabalhador renuncie ou transacione direitos trabalhistas. Neste sentido Cassar preceitua que “Como regra geral, não pode o empregado, antes da admissão, no curso do contrato ou após seu término, renunciar ou transacionar seus direitos trabalhistas, seja de forma expressa ou tácita”²⁵. Disposto no art. 9º da CLT e consagrado na Súmula 276 do TST²⁶, concebe-se a não validade do trabalhador em renunciar a direito reconhecido em seu favor, o trabalhador em síntese não poderá dispor de direitos garantidos.

²⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017, p.245.

²⁶ Súmula nº 276 do TST – AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO. O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.

Nessa toada, Romar discorre que a irrenunciabilidade estará vinculada a imperatividade, ou seja, indisponibilidade de direitos, posto que, o trabalhador estará impossibilitado de dispor de forma voluntária em caráter amplo e antecipado de seus direitos garantidos e positivados no ordenamento trabalhista. Ainda, descrevem Nascimento e Nascimento:

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos pelo trabalhador tem a função de fortalecer a manutenção dos seus direitos com a substituição da vontade do trabalhador, exposta às fragilidades da sua posição perante o empregador, pela da lei, impeditiva e invalidante da sua alienação.²⁷

Prima conceituar que a renúncia é vontade unilateral que recai sobre direito certo e atual, causando a extinção deste direito, enquanto a transação é declaração de vontade bilateral que atinge direito duvidoso e provoca a prevenção do litígio. Fundamenta-se na natureza das normas trabalhistas, estas de ordem pública, coagentes e imperativas, além do art. 9º existe previsão também no art. 468 da CLT - considerando nula toda alteração contratual que venha a causar prejuízos ao trabalhador. São irrenunciáveis e intransacionáveis os direitos trabalhistas, por serem de característica pública²⁸.

Os inúmeros direitos previstos no ordenamento jurídico laboral só poderão ser objeto de negociação que não fira referido princípio, a negociação que a figura do empregado hipersuficiente objetiva é restritiva e limitativa, portanto a interpretação do princípio elencado deverá ser ampla, a fim de englobar todos os direitos assegurados pela legislação trabalhista, consoante com o art. 9º da CLT - que serão nulos todos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos da CLT. Assim sendo, todos os direitos consagrados nas normas coletivas e nas legislações são irrenunciáveis e intransacionáveis. De suma importância trazer à baila a Convenção da OIT 111 ratificada pelo Brasil, que objetiva em seu condão a erradicação de qualquer forma de discriminação no ambiente de trabalho, a Convenção 111 elenca as hipóteses em que ocorre discriminação em matéria de emprego e profissão, em seu artigo 1º, alínea b compreende discriminação como qualquer distinção pautada em “exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p.472.

²⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017, p.22.

ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão”²⁹. Oportuno ressaltar ainda que a referida convenção trata de direitos fundamentais, sendo esta norma de caráter supralegal. A aplicação das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em nosso ordenamento jurídico brasileiro deverá ser aplicada em consonância com a princípio da primazia da realidade, em uma relação de emprego, deve prevalecer a efetiva realidade dos fatos, e não eventual forma construída em desacordo com a verdade³⁰, vez que conforme mencionado antes a norma mais favorável a que se refere é o trabalhador como sujeito de direitos e o mais fraco na relação jurídica laboral.³¹

Nessa direção o art. 7º, XXXII, da Carta Magna preceitua que são direitos dos trabalhadores a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”, assim como o art. 3º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, o princípio da não discriminação tenciona a proibição de que o trabalhador tenha regime jurídico diverso do aplicável, em que se visa a aplicação dos mesmos direitos e obrigações a todos trabalhadores³², não possibilitando distinção de categorias de trabalhadores, salvo regulamentações legais ou normas especiais acerca de algumas profissões³³. O propósito deste princípio é obstar as discriminações entre os tipos de trabalho, seja manual, técnico e intelectual, não se admite a distinção pelo trabalho desenvolvido ou pela remuneração percebida, o intuito da não discriminação é o de abarcar estes trabalhadores nas relações de emprego, e consequentemente garantir os mesmos direitos e proteções trabalhistas, mas não obstante o fato do hipersuficiente ser diferenciado por portar diploma de nível superior e receber salário mais elevado de forma clara e concisa transgredi tal princípio, evidentemente discriminatório.

²⁹ Organização Internacional do trabalho. Convenção N.º 111 de 1958.

³⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 7 ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.57

³¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 43, 2013. Disponível em: <<https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/rdtps/article/download/8747/5954/30645>>. Acesso em: 09.10.2021

³² Arnaldo Süssekind in Comentários à Constituição. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 484

³³ Maurício Godinho Delgado in Introdução ao Direito do Trabalho, p 286-287.

3. RELAÇÕES TRABALHISTAS: PODER, SUBORDINAÇÃO E PROTEÇÃO

O convívio em sociedade desenvolve diversas relações entre as pessoas, umas delas é as relações de trabalho, que tem em suas esferas as relações de emprego. Historicamente, existe a relação de trabalho entre o empregado e o empregador, com diferentes realidades que decorrem da condição de sujeição e subordinação do empregado em relação ao empregador, visto que a submissão do empregado concomitante com a dependência econômica figura de forma inteligível a hipossuficiência nas relações laborais. Clara é a fala de Tondinelli que os hipossuficientes são aqueles que necessitam de proteção legal, pois não são capazes sozinhos de proteger seus direitos.³⁴

De acordo com Miguel Nin Ferreira a hipossuficiência é o resultado da posição de sujeição do empregado, dado que, na visão dele não importa para a configuração da hipossuficiência a quantidade de autonomia que o trabalhador detém no processo de trabalho, pois a sujeição ao empregador não decorre da maior ou menor autonomia na execução do trabalho, e sim do fato de que é o empregador que detém os meios aptos à geração de riqueza³⁵.

Nesta continuidade vem à baila a concepção da relação de emprego segundo Cassar, devidos os abusos de poder econômico praticados pelo empregador na contratação o legislador no âmbito trabalhista foi severo nos direitos atinentes a figura do empregado e que o contrato de trabalho tem regras mínimas para serem realizados face a desigualdade econômica distante do empregado frente ao empregador. A relação de trabalho pode ser caracterizada com um vínculo jurídico genérico, dado que, a relação de emprego, baseado no empregado e empregador, são configuradas por elementos essenciais como a prestação de serviços de forma não eventual, subordinada e mediante pagamento de salários, assim uma relação de emprego é contratual, vez que sem as vontades as partes, ou seja dos contratantes, não se constitui; o empregado verifica se aceita as condições ofertadas pelo empregador, e este escolhe o pretenso empregado.

³⁴ TONDINELLI, Heloisa Galafassi. O princípio da vulnerabilidade e a hipossuficiência no Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://facdombosco.edu.br:7080/revseer/index.php/revdireito/article/download/47/42>>. Acesso em 09.10.2021, p. 9

³⁵ FERREIRA, Miguel Nin. Hipossuficiência e subordinação jurídica nas relações de trabalho contemporâneas. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103768/2012_ferreira_miguel_hipossuficiencia_subordinacao.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 09.10.2021.

Com a pactuação das relações de trabalho o principal instrumento para que haja concretude nos vínculos trabalhistas é o contrato de trabalho, Delgado conceitua o contrato de trabalho, como “o negócio jurídico expresso ou tácito, mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços”³⁶. Em continuidade, a concepção de Maria Helena Diniz que o contrato de trabalho é acordo de duas ou mais vontades, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes³⁷. Segundo Orlando Gomes, “contrato de trabalho é a convenção pela qual, um ou vários empregados, mediante certa remuneração e em caráter não eventual, prestam trabalho pessoal em proveito e sob direção do empregador.”³⁸.

Assim, salienta-se que os elementos essenciais para o contrato de trabalho não são elencados pela CLT, mas pode-se aplicar de forma subsidiária o código Civil, para que seja formada a figura jurídica contratual. Aplica-se o art. 104, do Código Civil, sendo os elementos essenciais do contrato de trabalho o agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Desta forma, preenchidos os elementos essenciais para a formação do contrato de trabalho, este é considerado válido.

No art. 2º e 3º da CLT está o empregado e o empregador, sujeitos do contrato de trabalho, que pode ser definido como o negócio jurídico, meio pelo qual um trabalhador presta serviços de forma pessoal e não eventual, subordinado ao poder de comando e dele percebendo salários. Posto isso, são os requisitos do contrato de trabalho: pessoalidade, subordinação, onerosidade, não eventualidade e ainda sem correr os riscos do empreendimento. Nesta perspectiva o empregado é pessoa física que presta seus serviços de forma não eventual, subordinada, remunerada e em nenhuma hipótese corra os riscos do negócio.

Um dos requisitos de suma importância que caracteriza uma relação de emprego é a subordinação, ou seja, imposição de ordens, dependência, submissão e sujeição hierárquica. Para Cassar, “a expressão subordinação deriva do termo

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 302

³⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁸ GOMES, Orlando. Contrato individual de trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1994

subordinare (sub – baixo; ordinare – ordenar), isto quer dizer imposição da ordem, submissão, dependência, subalternidade hierárquica”³⁹.

Em face do poder do empregador, o qual tem o poder de dirigir, comandar e controlar, o empregado tem o dever de submissão, obediência face ao empregador, destarte a subordinação pressupõe um dever de obedecer às regras, normas e políticas colocadas pelo empregador, bem como as funções por ele determinada.

Delgado entende a subordinação como um estado de poder do empregador:

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.⁴⁰

Ainda sobre o poder do empregador, convém mencionar que esse poder se subdivide em categorias, a saber: poder diretivo, disciplinar e hierárquico. “O primeiro se constitui na capacidade do empregador em dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando os objetivos da empresa. O segundo traduz-se no poder que tem o patrão de impor punições aos empregados. O terceiro é a capacidade do empregador em determinar e organizar a estrutura econômica e técnica da empresa[...]”⁴¹. Tanto o poder como a subordinação, intimamente ligados pela submissão do empregado frente ao empregador, estará presente nas relações de emprego, imperioso abordar que a sujeição do obreiro perfectibiliza sua vulnerabilidade social face à relação jurídica laboral.

Todos os elementos supracitados configuram o vínculo jurídico entre empregado e empregador, ademais a relação contratual trabalhista deverá ser regida por normas jurídicas e princípios norteadores do direito do trabalho, desta forma, no cenário laboral o trabalhador sempre será a parte vulnerável, sem possibilidade de ter sua vontade acima a do empregador, logo sua manifestação de vontade pode ser utópica. A Reforma Trabalhista atacou esse ponto, vez que, no panorama trabalhista a subordinação do empregado frente a autorização de negociar seus direitos livremente com o empregador o coloca ainda mais em um patamar vulnerável.

³⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p.44.

⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 302.

⁴¹ CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017, p.252-253.



Em oportunidade nesta relação de emprego prima discorrer acerca da autonomia das partes no contrato de trabalho. No dicionário autonomia significa capacidade de governar-se pelos próprios meios, ou seja, consiste em um auto regulação, uma vontade humana de reger-se por suas próprias regras e escolhas. Todavia, temos o dirigismo contratual que é o princípio limitador das autonomias da vontade das partes contratantes. No contrato de trabalho impera a limitação da plena autonomia da vontade das partes que pactuam um contrato laboral, de fato há o texto que poderá ser extraído do caput do art. 444 da CLT “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. O dirigismo tem por objetivo amparar os contratantes que se encontram em posição desfavorável em relação a outro pactuante, seja por motivos econômicos ou sociais, recorta-se que no cenário laboral é o empregado.

Há também a autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho, prestigiada pela Carta Magna em seu 7º, XXVI – que são direitos dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Em síntese empregados e empregadores poderão pactuar da melhor forma determinados rol de direitos celebrados de boa-fé e equivalência, com o intermédio de um ente sindical representativo da categoria profissional. Ao analisar direito coletivo do trabalho, faz-se necessário abordar a presença dos sindicatos nas relações contratuais, conferindo ao contrato de trabalho uma relação de igualdade e força perante os empregadores, fazendo com que haja um rol de reivindicações dos trabalhadores objetivando condições benéficas nas negociações contratuais, cuja participação desses entes é positivada pela Carta Magna, conforme acima aludido.

Entretanto, o parágrafo único do art. 444 da CLT, autoriza a livre estipulação das partes na relação contratual de trabalho, acrescido na reforma trabalhista o empregado “hipersuficiente” desde que preenchido os dois requisitos previstos artigo, podem estipular individualmente e livremente com o empregador sem intermédio do sindicato da categoria, dispondo de vários direitos constitucionalmente garantidos, sob o viés de que “hipersuficiente” é altamente qualificado e salarialmente superior, portanto sem estar protegido, não refletindo desta forma a primazia da realidade, além disso essa autonomia da vontade do empregado hipersuficiente não prospera, já que,

não se pode ab-rogar do sistema protetivo do trabalho que visa garantir um patamar civilizatório mínimo na seara trabalhista.

Outrossim a mudança legislativa trazida pela Lei 13.467/2017 da livre estipulação das partes sem o intermédio do ente sindical coloca o empregado em uma posição de vulnerabilidade jurídica na negociação de seu contrato de trabalho e implica, por conseguinte na violação dos princípios da de irrenunciabilidade e indisponibilidade de direitos, ademais a Reforma Trabalhista ignora o negociado coletivo e autoriza direitos que deveriam ser salvaguardados pela legislação e pelo Direito Coletivo do Trabalho.

4. EMPREGADO HIPERSUFICIENTE: (NOVA) CATEGORIA DE EMPREGADO

Na esfera trabalhista existem diversos debates acerca da flexibilização das relações de trabalho e da redução de direitos juslaborais, estes debates são influenciados por diversos motivos, contudo de grande impacto as mudanças tecnológicas e de ordem econômica que ao longo dos anos se tornam cada vez mais radicais. De modo que o Direito do Trabalho seja frequentemente pressionado a rever sua dogmática.

De acordo com a visão do governo da época e uma parcela dos parlamentaristas com viés neoliberal, alinhada às pressões de entidades de representação empresarial, a CLT aprovada em 1943 não mais se coadunava com a realidade do mundo moderno focado em um sistema capitalista e globalizado, imperava a ideia de que se deveria mudar, segundo a mesma visão, o caráter paternalista e protecionista da legislação trabalhista. Neste sentido, vem a Reforma Trabalhista, instituída pela Lei Federal n.º 13.467/2017 formulada em um contexto de instabilidade no cenário econômico, político e social em que o país atravessava, seu condão objetivava trazer liberdade nas relações de trabalho, cujo propósito era a modernização das relações trabalhistas, trazendo em seu cerne diversas alterações significativas que modificaram o ordenamento jurídico laboral.

Na visão de Delgado:⁴²

As inovações inseridas se apresentaram em três planos combinados: Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. No plano do Direito Individual do Trabalho, as inovações

⁴² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17ª Ed. São Paulo, LTR: 2018, p.120-123.

eliminaram, desregulamentaram ou flexibilizaram diversas parcelas trabalhistas (...).

Em seu bojo a Reforma Trabalhista trouxe uma nova figura, o empregado “hipersuficiente”, expresso no art. 444 da CLT, vejamos:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

O empregado “hipersuficiente”, é, portanto, aquele que possui o diploma de nível superior e recebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Foi umas das inovações mais polêmicas à criação da (nova) categoria de trabalhador, o empregado “hipersuficiente”, expresso no art. 444 da CLT, o empregado “hipersuficiente”, é, portanto, aquele que possui diploma de nível superior; e percebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, cuja disposição legal dota o hipersuficiente de capacidade jurídica para negociar de forma direta com seu empregador sem o intermédio do ente sindical, desconsiderando a hipossuficiência da relação empregatícia.

Neste contexto, Leite reforça “É importante destacar que a Reforma Trabalhista de 2017 introduziu a canhestra figura do “empregado hipersuficiente” no parágrafo único do art. 444 da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017 [...]”⁴³. Deste modo, se o empregado possuir diploma de curso superior e perceber salário de R\$ 12.867,14 ou mais é considerado hipersuficiente. Preenchidos estes dois requisitos legais, que são cumulativos, presume-se então que dotado de uma capacidade maior frente a negociação do seu contrato de trabalho, o empregado hipersuficiente recebe a faculdade de negociar junto ao empregador determinados temas acerca de seu contrato de trabalho, e, portanto, confere um menor grau de protecionismo em relação ao empregado hipossuficiente.

⁴³ Leite, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.269.

O novo conceito de “empregado hipersuficiente” imposto pela reforma trabalhista originou-se pelo relator da referida reforma na Câmara, o Sr. Rogério Marinho, deputado pelo PSDB-RN, conforme relatório.

(...) não se pode admitir que um trabalhador com graduação em ensino superior e salário acima da média remuneratória da grande maioria da população seja tratado como alguém vulnerável, que necessite de proteção do Estado ou de tutela sindical para negociar seus direitos trabalhistas.

O legislador acrescentou no art. 444 da CLT uma nova categoria de trabalhador, prevalecendo à negociação individual sobre o legislado, e ainda, sobre a negociação coletiva, ou seja, poderão negociar livremente com seu empregador as condições de trabalho previstas no art. 611-A da CLT.

Nesta perspectiva Delgado discorre que a inserção deste parágrafo único veio com o intuito de inverter o sentido e os objetivos do Direito do Trabalho, dado que se prevalecer a interpretação literal do referido dispositivo, subsistirá manifesta estratificação jurídica dos empregados, que são submetidos ao mesmo empregador.⁴⁴

A Reforma Trabalhista inovou ao criar a figura do empregado que tem a capacidade jurídica de negociar com o empregador diretamente sem o intermédio do ente sindical. A doutrina tem chamado esta categoria de empregado, de hipersuficiente, visto que pode negociar direitos abaixo da proteção da legislação diretamente com o empregador, apenas baseado em critérios objetivos estabelecidos em lei e que desconsideram uma característica básica da relação empregatícia, a hipossuficiência.

O valor do salário recebido pelo empregado não deveria alterar a natureza jurídica do direito, entender que os empregados que recebem igual ou mais que o valor máximo que duas vezes os benefícios previdenciários podem livremente dispor sobre os direitos trabalhistas relacionados no art. 611-A da CLT e/ou renunciar as benesses previstas nas normas coletivas é negar a vulnerabilidade do trabalhador, que depende do emprego para sobreviver e com, relativa facilidade, concordaria com qualquer ajuste para manutenção do emprego.⁴⁵

Na visão de Cassar o estado de vulnerabilidade permanece e isto não depende do salário pago ao empregado, tal qual só há a mudança de sua condição social, uma

⁴⁴ DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. A reforma trabalhista. São Paulo: LTr., 2017, p.157-158.

⁴⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017, p.216.

vez que, a subordinação perante o empregador a relação do emprego permanece.⁴⁶ Do mesmo modo, a subordinação do empregado frente ao empregador se mantém, pois, ainda é sujeito ao poder de direção do empregador. Tal acréscimo ao ordenamento juslaboral se mostra em contradição à relação jurídica de emprego, vez que, a subordinação do empregado que detém o capital e remunera se mantém, estando estes empregados ainda mais sujeitos à subordinação e vontades do empregador.

A caracterização desta nova categoria de empregado reside, por conseguinte, em dois elementos centrais, a condição de ser portador de diploma de nível superior, um critério de que apenas alguns trabalhadores possuem, devendo ter grau de ensino superior e certificado por uma instituição credenciada, e que estes possam de forma autônoma negociar seu contrato de trabalho. A seguir é fixado um critério econômico, apenas os empregados que recebam salário igual ou superior ao valor equivalente a duas vezes o limite máximo dos benefícios pagos pela Previdência Social do Brasil; figurado estes dois critérios, os empregados poderão amoldar-se na condição de hipersuficiente.

Prima a reflexão de que o hipersuficiente não deverá ser confundido com a figura do alto empregado, este, reside no formato de trabalhadores com grau de fidúcia elevado, nesta continuidade Delgado explana que estes empregados ocupantes de posições internas de chefias, funções de gestão ou outros cargos de elevada fidúcia são abarcados pela legislação de uma forma diferente aos demais trabalhadores da estrutura empresarial.⁴⁷ Ainda, continua Delgado que é peculiar esta forma de segregação jurídica dentro da mesma organização de empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário igual ou superior à dobra do valor do teto de benefícios do INSS dos demais empregados não abrangidos pelo novo parágrafo único do art. 444 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017.⁴⁸

Portanto, os altos empregados não possuem a mesma autonomia prevista no novo regramento, somente se cumprirem os requisitos exigidos pela art. 444 da CLT. A caracterização em suma consiste em critérios de ordem educacional e econômica. A criação desta nova categoria de empregado resultou em “autonomia de

⁴⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017, p.216.

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17ª Ed. São Paulo, LTR: 2018, p.424.

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17ª Ed. São Paulo, LTR: 2018, p.424.

negociação”, dado que a intenção do legislador é que o hipersuficiente negocie matérias que antes não dispunha e ainda sem intervenção de uma entidade sindical.

Destarte, podem negociar sua relação de trabalho sob as hipóteses do artigo 611-A da CLT, e sobre a negociação realizada, a mesma terá força de lei, sobrepondo inclusive sobre Acordos e Convenções Coletivas, os temas negociados são diversos, dentre eles quando dispuserem sobre assuntos como: intervalo intrajornada, modalidade de registro da jornada, jornada de trabalho, banco de horas anual, adesão ao Programa Seguro-Emprego, plano de cargos, salários e funções, enquadramento do grau de insalubridade, participação nos lucros ou resultados da empresa dentre outros.

Os temas enumerados no artigo 611-A para negociação são taxativos, em contrapartida o artigo 611-B⁴⁹ enumera os temas sobre os quais não se podem dispor, a saber: seguro desemprego, salário mínimo, décimo terceiro salário, salário-família, repouso semanal remunerado, número de dias de férias devidas ao empregado, aposentadoria, entre outros temas expressos no referido artigo. O novo regramento promoveu a diferenciação dos temas que poderão ser suprimidos e reduzidos, daqueles que não poderão sem haver uma negociação coletiva e ainda aos que em nenhuma hipótese poderão ser objetos de negociação individual ou coletiva.

Primeiramente se faz mister conceituar as palavras flexibilização e desregulamentação, de acordo com a visão de Garcia, a flexibilização é uma forma de amenizar o rigor ou a rigidez das normas jurídicas, já a desregulamentação suprime determinadas normas jurídicas pertinentes à regulação das relações de trabalho⁵⁰, ou seja, podemos entender que a desregulamentação descarta as legislações preexistentes em prol de formas de autocomposição por meio de um contrato

⁴⁹ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II – banco de horas anual; III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE); V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; (....)

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; (....)

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

⁵⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 7 ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015., p.61.

individual, de tal forma que cause uma extinção gradual de regras imperativas⁵¹, enquanto que, a flexibilização torna alguns direitos trabalhistas maleáveis, em outras palavras já tem em nosso ordenamento jurídico brasileiro o instituto de flexibilização .

Diante do exposto, é notório que emerge com a reforma a autonomia da vontade no contrato de trabalho, diferente daquela prevista na Constituição de 1988, art. 7º, XXVI, que prestigia a autonomia coletiva da vontade na resolução de litígios e conflitos trabalhistas, vez que, se reconhecia os acordos e convenções coletivas, no qual é de suma importância a caracterização da equivalência dos contratantes coletivos, sindicato laboral e empregador, estando estes no mesmo patamar sociojurídico. Perante essa configuração é que se permitia a flexibilização de direitos, a fim de minimizar as diferenças entre o capital e trabalho para que houvesse uma busca de melhorias nos direitos trabalhistas, em outras palavras, uma negociação coletiva por meio da autocomposição, tal flexibilidade possui o intuito da proteção aos trabalhadores. Esclarece-se ainda que são fontes do Direito do Trabalho os Acordos Coletivos de Trabalho e as Convenções Coletivas de Trabalho, no qual, são consideradas os principais exemplos de flexibilização das leis trabalhistas.

Cabe a reflexão em paralelo com um princípio positivado no art. 7º da CF/88, o princípio da proibição do retrocesso social, cuja finalidade é impedir que haja legislação ou interpretação de normas que visam suprimir, reduzir ou diminuir direitos sociais concretizados pelo Estado, a fim de estabelecer um patamar civilizatório mínimo, na Carta Magna é tratado como direito social do direito do trabalho. Salienta-se que no ordenamento trabalhista é pautado em vários princípios, dentre eles já mencionados, é de que, a norma mais favorável ao trabalhador deve prevalecer e de acordo com este, tais como os instrumentos coletivos se fossem mais benéficos aos trabalhadores, estes prevalecerão sobre a legislação – o negociado vale sobre o legislado.

Isto posto, podemos verificar que houve uma ruptura na aplicação protecionista do Direito do Trabalho, não podendo disposições contratuais realizadas pelos pseudo hipersuficientes esbarram nos preceitos e normas constitucionais que são fundamentais a fim de garantir os direitos trabalhistas, importando melhoria na condição social e se revestindo de garantias no campo laboral, a caracterização desta nova categoria de trabalhador carece de elementos fático jurídicos essenciais,

⁵¹ CREPALDI, Joaquim Donizeti. O princípio de proteção e a flexibilização das normas de direito do trabalho. São Paulo: Ltr, 2003.

sobretudo em consonância com o princípio da primazia da realidade. O legislador levou em conta critérios apenas de ordem econômica e escolaridade, e estes, não se mostram suficientes para que haja a livre estipulação das partes no contrato de trabalho, é cristalino que para o empregado se mantém a condição de sujeição perante o empregador.

Contudo, face a narrativa supra exposta, a Reforma Trabalhista que trouxe em seu bojo diversas alterações significativas que modificaram o ordenamento jurídico laboral, em particular à criação de uma (nova) categoria de trabalhador, o empregado “hipersuficiente”, este que caminha em direção contrária das ideias da Constituição de 1988, sobretudo a essência do Direito do Trabalho, sob sua ótica protecionista e sua matriz principiológica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reforma Trabalhista, instituída pela Lei Federal n.º 13.467/2017, objetivava trazer liberdade nas relações de trabalho, cujo propósito era a modernização das relações trabalhistas, contudo teve um viés de desregulamentação da legislação juslaboral, visto que os dispositivos alterados contraíram a base do Direito do Trabalho, havendo um retrocesso nos direitos trabalhistas. No estudo apresentado, analisou-se a categoria criada pela Reforma Trabalhista, da figura do empregado hipersuficiente, e a partir disso, pode-se dizer, portanto, que a inovação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro esbarra nas proteções principiológicas e constitucionais ao trabalhador, dado que alterou a essência do protecionismo do Direito do Trabalho desamparando o trabalhador que possui as mesmas características de subordinação dentro da relação empregatícia.

A nova categoria de trabalhador, o pseudo hipersuficiente, é apenas baseada em critérios objetivos estabelecidos em lei e que desconsideram a característica básica da relação empregatícia e mantém estes empregados abaixo da proteção de toda legislação trabalhista, posto que o hipersuficiente depende da manutenção de seu emprego e, portanto, poderá aceitar quaisquer condições de seu contrato de trabalho, não havendo de fato a autonomia negocial proposta pela reforma frente ao empregador.

A distinção criada entre os empregados, diferente da proposta legislativa, coloca o (hiper)suficiente na posição de vulnerabilidade, descrimina e não o reveste dos princípios basilares que coadunam com a base protecionista do direito do



trabalho, representa portanto um retrocesso nos direitos sociais e trabalhistas, estando em desacordo com as proteções principiológicas e constitucionais ao trabalhador, vez que permite que os trabalhadores transacionem ou renunciem seus direitos sem o intermédio do ente sindical, não conferindo a estes tratamento isonômico em direitos e deveres, diferenciando os empregados hipersuficiente dos demais.

Por conseguinte, observa-se que o legislador reformador optou por criar essa categoria de trabalhador pautada apenas em requisitos econômicos e de escolaridade, estratificando uma relação típica de trabalho cujos critérios não se justificam ou encontram respaldo normativos, vez que, a condição de hipossuficiência nessa relação jurídica permanece, independentemente da sua remuneração mensal ou de sua formação escolar, diante disto analisa-se que estes requisitos são insuficientes para remover a vulnerabilidade ou a hipossuficiência do trabalhador, porquanto, a subordinação e desigualdade de forças persistem nessa relação contratual, denotando que não há paridade de forças nas negociações individuais dessa nova categoria de trabalhador.

Por fim, essa nova figura do (hiper)suficiente viola os entendimentos basilares do Direito Trabalhista, relativiza sobretudo o Princípio da Proteção, criando uma contradição normativa que permite direitos consagrados indisponíveis e intransacionáveis sejam flexibilizados através de uma negociação individual sem o arcabouço protetivo laboral e dos preceitos constitucionais.



REFERÊNCIAS

ARAUJO JR., Marco Antonio; BARROSO, Darlan. **Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Arnaldo Süssekind in **Comentários à Constituição**. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

BOMFIM, Vólia. **Limites da liberdade individual na relação de trabalho e reforma trabalhista**.

BOMFIM, Vólia. **Tendências do Direito do Trabalho e Flexibilização de suas Regras**. Gen. Jurídico.

BRASIL. **Lei n.º 13.467 de 13 de julho de 2017**. Brasília. Diário Oficial. 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Diário Oficial. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Nitéroi: Impetus, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

CESIT. Artigos Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho (Cesit) - **Contribuição crítica à reforma trabalhista**.

CREPALDI, Joaquim Donizeti. **O princípio de proteção e a flexibilização das normas de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003.



DELGADO, Mauricio Godinho **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores** 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª Ed. São Paulo, LTR: 2018

DELGADO. Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista**. São Paulo: LTr., 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Consolidação das Leis do Trabalho - 70 Anos Depois: Reforma Trabalhista, Desregulamentação e Flexibilização**. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de direito do trabalho**. 12. ed São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine***. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 43, 2013. Disponível em: <<https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/rdtps/article/download/8747/5954/30645>>. Acesso em: 09 out. 2021.

MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. **Direito do Trabalho Novo**. Disponível em: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27130/paulo_gustavo_mercon.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 09 out. 2021.

MORAIS, Fernando Franco. **Hipossuficiência e as novas relações de trabalho: estudo crítico de acordo com a ordem econômica constitucional**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Marília, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo: LTr, 1996.



NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEME, Pedro. **Dirigismo contratual e a nova figura do empregado hipersuficiente**. Disponível em: <<https://vernalhapereira.com.br/dirigismo-contratual-e-a-nova-figura-do-empregado-hipersuficiente/>>. Acesso em: 09 out. 2021.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**: tradução de Wagner D. Giglio. 3. Ed. Atual. São Paulo: LTr.2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho**. / Carla Teresa Martins Romar; coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TONDINELLI, Heloisa Galafassi. **O princípio da vulnerabilidade e a hipossuficiência no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://facdombosco.edu.br:7080/revseer/index.php/revdireito/article/download/47/4>> Acesso em 09 out. 2021.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **A reforma trabalhista e o hipersuficiente**. Disponível em: <http://www.amatra5.org.br/images/a/A%20REFORMA%20TRABALHISTA%20E%20O%20HIPERSUFICIENTE_.pdf>. Acesso em 09 out. 2021.

XIMENES, Antonia. **Reforma Trabalhista: Empregado Hipersuficiente. Será?** Disponível em: <<https://antoniaximenes.jusbrasil.com.br/artigos/533821143/reforma-trabalhista-empregado-hipersuficiente-sera>>. Acesso em 09 out. 2021.



COMPLIANCE: UMA FERRAMENTA PARA O DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA

COMPLIANCE: A TOOL FOR THE DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY IN PUBLIC MANAGEMENT

Grasiela Grosselli¹

Resumo: A Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*, fixou os princípios que devem reger a Administração Pública. Dentre estes princípios está o da eficiência, que visa a prestação de serviços de qualidade aos administrados. Contudo, apesar de ser uma obrigação legal, tal princípio vem sendo inobservado pelos Administradores públicos. Posto isto, existe um problema legal a ser solucionado: de um lado uma norma jurídica aplicável, e, de outro as necessidades da população que não estão sendo respondidas a contento. Nesse contexto, o presente trabalho apresenta como opção para efetivação do princípio da eficiência, o Compliance, palavra de origem inglesa que significa “cumprir”, ou seja, o cumprimento de regras. Um instituto empregado no setor privado que visa essencialmente a transformação do ambiente organizacional, fazendo com que todos os envolvidos tenham consciência do seu papel na prevenção de ilicitudes e no cumprimento de normas.

Palavras-Chave: Administração; Pública; Princípio; Eficiência; Compliance.

Abstract: The Federal Constitution, in its article 37, *caput*, established the principles that should govern the Public Administration. Among these principles is that of efficiency, which aims to provide quality services to those administered. However, despite being a legal obligation, this principle has been disregarded by public administrators. That said, there is a legal problem to be solved: on the one hand, an applicable legal norm, and, on the other, the needs of the population that are not being met satisfactorily. In this context, the present work presents as an option for the effectiveness of the principle of efficiency, Compliance, a word of English origin that means "to comply", that is, the fulfillment of rules. An institute employed in the private sector that essentially aims to transform the organizational environment, making all those involved aware of their role in the prevention of illegalities and compliance with standards.

Keywords: Administration; Public; Principle; Efficiency; Compliance.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*, fixou os princípios constitucionais da Administração Pública, dentre os quais está o princípio da eficiência, o qual significa que o serviço deve ser prestado com qualidade aos administrados.

¹ Advogada. Professora de Direito pela UNISOCIESC. Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Assessor Parlamentar Câmara de Vereadores de Joinville/SC.

Diante da inobservância do princípio da eficiência existe a necessidade de se criarem opções a fim de que tal princípio seja efetivado.

No presente artigo, propõe-se a utilização pelo setor público do “compliance”, um instituto empregado no setor privado que visa essencialmente a transformação do ambiente organizacional, fazendo com que todos os envolvidos tenham consciência do seu papel na prevenção de ilicitudes e no cumprimento de normas.

Compreende-se que o indivíduo é responsável por seu destino e o desenvolvimento de sua vocação no seio da sociedade, defende-se até mesmo que o indivíduo se torne menos dependente do poder estatal, contudo, o Estado desde as concepções contratualistas se faz presente de forma incontestada na vida do cidadão.

O presente trabalho está estruturado de forma a estudar primeiramente o conceito de Administração Pública e do princípio da eficiência. Após é feito um esboço do significado do termo compliance e sua utilização no setor privado. Por fim, apresenta-se formas de utilização do instituto no setor público e como o mecanismo poderia gerar a observância ao princípio da eficiência, previsto na Constituição Federal.

1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administração Pública no Brasil é responsável pela consecução dos objetivos da república estipulados no art. 3º da CF/88, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em se tratando do estudo da Administração Pública tem-se que se fazer a distinção da aplicação da palavra Administração.

Primeiramente, a professora Di Pietro (2007, p. 44) elenca inúmeros entendimentos sobre a origem do verbo administrar, sendo que: “para uns a “ad” (preposição) mais ministro, as, are(verbo), que significa servir, executar; para outros vem de “ad” manus trahere, que envolve a ideia de direção ou gestão”.

Já para Carvalho Filho (2009, p. 9) o verbo administrar indica gerir, zelar, enfim uma ação dinâmica de supervisão”. Nesse sentido, alinha-se a ideia de uma atividade de planejamento, de condução, de direcionamento a um fim específico.

No setor público a palavra administração possui um significado próprio. Segundo Marinela (2016), administração é todo o aparelhamento do Estado pré-ordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. Não pratica atos de governo; pratica atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional. É o instrumental de que dispõe o Estado para colocar em prática as opções políticas do Governo.

Para Meirelles (2005) a Administração Pública deve ser conceituada, adotando-se os critérios: formal, que define a Administração como um conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; material, que estabelece um conjunto de funções necessárias para os serviços públicos; e operacional, que a define como o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

Gasparini (2004) entende ser pertinente para melhor definir a Administração Pública os seguintes critérios: negativista ou residual, segundo o qual administração é toda atividade do Estado, excluídas a legislativa e a jurisdicional; formal, orgânico ou subjetivo, em que administração é um complexo de órgãos responsáveis por funções administrativas; e o critério material ou objetivo que a define como um complexo de atividades concretas e imediatas, desempenhadas pelo Estado, sob os termos e condições da lei, visando ao atendimento de necessidades coletivas.

Consoante lição de Carvalho Filho (2009), para entender a Administração Pública é necessário se valer de dois enfoques: o sentido objetivo, segundo o qual a Administração consiste na própria atividade administrativa exercida pelo Estado, por seus órgãos e agentes, caracterizando, enfim, a função administrativa; o sentido subjetivo, que a define como um conjunto de órgãos de que se vale o Estado para atingir os fins desejados.

Em resumo, afirma Marinela (2016), podem-se apontar dois critérios para conceituar Administração Pública: o critério formal, orgânico ou subjetivo que vislumbra a Administração como um conjunto de órgãos, a estrutura estatal; e o critério material ou objetivo, pelo qual a Administração deve ser entendida como a atividade administrativa exercida pelo Estado ou, ainda, função administrativa.

Já a atividade administrativa, segundo Marinela (2016) é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade de âmbito federal, estadual e municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum. Representa toda

atividade desenvolvida pela Administração, protegendo os interesses da coletividade e deve privilegiar a coisa pública.

Assim, por meio de variadas classificações a atividade administrativa estatal é exposta em sua amplitude, não de forma pormenorizada com seria necessário, mas dentro do possível em razão dos limites propostos nesse trabalho.

Há ainda, que se fazer um pequeno adendo para trazer à baila a seguinte constatação: se de um lado tem-se atividades sendo desempenhadas sob o múnus público, por outro lado, sob a ótica do administrado há serviços sendo executados, serviços de cunho público, pois são destinados a toda coletividade de forma impessoal.

Então, chega-se ao ponto essencial desse trabalho, pois a qualidade dessa atividade e a forma como é executada é que serão estudadas com intuito de traçar uma linha sobre a consecução de princípios constitucionais concernentes às atividades Administrativas impostas legalmente às pessoas jurídicas de Direito Público/Privado (ou por quem lhe faça as vezes).

1.1 Administração Pública no Estado Eficiente

A atividade administrativa, conforme se viu, pode ser classificada sob diversos ângulos, tais como: direção, gestão, condução, todos os verbos citados com o claro significado de alguém que conduz algo. E, por isso, ao divagar sobre esse aspecto tem-se a ideia de que somente uma pessoa capaz pode ser levada a administrar algo, sendo necessário também ter senso de responsabilidade.

Desse modo, aqueles que foram incumbidos funcionalmente para a observância dos preceitos da legalidade no âmbito administrativo, devem estar cientes dos limites de sua função, com vistas a desempenhar de forma satisfatória os objetivos pré-estabelecidos em lei.

Assim, os fins da administração devem ter como objetivo único o bem comum dos cidadãos (Meirelles, 2005). Caso o administrador se desvencilhe desse objetivo, concretamente há desvirtuamento da função outrora outorgada.

Nesse sentido, a atividade administrativa deve ser realizada de forma que o interesse público seja o fim a ser alcançado. Para isso, o ordenamento jurídico fornece uma série de regras e princípios que devem ser observados.

Dentre os atos normativos há que se dar relevante destaque aos princípios constitucionais previstos no artigo 37, a saber, princípios da legalidade,

impressoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último incluído através da emenda constitucional nº 19/98, dentro da chamada reforma administrativa.

Com a reforma e consequente inclusão do princípio da eficiência dentro do rol dos princípios constitucionais do direito administrativo houve um avanço no sentido de tornar a Administração Pública mais moderna e condizente com o momento vivido pelo país. A administração burocrática foi substituída pela administração gerencial, sendo que na administração pública burocrática o foco eram os processos em si, já na administração pública gerencial o objetivo são os resultados, a eficiência da prestação estatal (Rezende Oliveira, 2011, p.4).

Ser eficiente significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Em seu sentido jurídico, a expressão também deve abraçar a ideia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação estatal só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das necessidades existentes e os meios disponíveis (Silva, 2014).

Estará, portanto, uma Administração Pública buscando agir de modo eficiente sempre que, exercendo as funções que lhe são próprias, vier a aproveitar da forma mais adequada o que se encontra disponível, com o fulcro de chegar ao melhor resultado possível em relação aos fins que deseja alcançar, sem perder o foco no usuário público.

2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SUAS IMPLICAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Antes de tratar especificamente do princípio da eficiência é necessário se fazer um estudo conceitual do significado de princípio.

Os princípios são, pois, “o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional” (Canotilho, 1992, p. 176).

Sobre a relevância dos princípios tem-se o ensinamento de Bandeira de Mello (2013, p.53):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Becho (1999, p 438) classifica os princípios distinguindo-os em princípios constitucionais e os infraconstitucionais (encontradas em normas de hierarquia inferior à Constituição); além da distinção entre princípios explícitos (observados de forma direta e clara, só com a simples leitura do texto normativo) e princípios implícitos (que necessitam de mecanismos de interpretação para serem detectados na legislação).

Vê-se, pois, que os princípios possuem um lastro amplo em um sistema jurídico. São os fundamentos que pretendem servir de pedra-de-toque para todo o corpo de um dado sistema. (Bandeira De Mello, 2013, p.55).

Os princípios orientadores da Administração Pública foram dispostos de forma explícita pelo legislador originário, no artigo 37, caput da Constituição.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Na análise dos princípios norteadores da atividade administrativa, Morais (2014, p. 02) faz o seguinte resumo:

- a) princípio da legalidade: adota-se o critério de subordinação à lei. A legalidade significa que a Administração Pública não tem liberdade e nem vontade pessoal, só pode fazer o disposto em lei;
- b) princípio da impessoalidade: trata-se da ausência de subjetividade. A atividade administrativa deve ser dirigida com finalidade pública, aos cidadãos em geral, sem favoritismos, discriminações benéficas e detrimntosas. A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada de forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige;
- c) princípio da moralidade: impõe a Administração não apenas uma atuação legal, mas também moral, pautada na ética, honestidade, lealdade, boa-fé. No entanto, a moralidade a ser obedecida é a administrativa e não a moralidade comum que trata da distinção entre o bem e o mal;
- d) princípio da publicidade: visa garantir o controle através da sociedade da gestão administrativa a fim de conferir à mesma validade e eficácia. Em alguns casos, quando o interesse público ou a segurança o justificarem, como no disposto dos artigos 5º, incisos X, XXXIII, LX poderá a publicidade ser vetada, concluindo-se a relatividade do princípio da publicidade.

Para Meirelles (2007) estes princípios se constituem mutuamente e não se excluem no conjunto de interpretação do ordenamento jurídico. Possuem função

programática, fornece diretrizes situadas no ápice do sistema a serem seguidas por todos aplicadores do direito.

A constitucionalização do princípio da eficiência decorreu da aprovação da Emenda Constitucional nº 19 em 04.06.1998, que alterou a redação do *Caput* do artigo 37 da Constituição Federal, inserindo a eficiência aos demais princípios regentes da Administração Pública. Todavia menciona Moraes (2004) que tal princípio já existia na legislação infraconstitucional, a exemplo do Decreto-lei 200/67, da Lei nº 8.987/95 das Concessões e Permissões e do Código de Defesa do Consumidor.

Meirelles (2007, p 96), um dos pioneiros na defesa do princípio da eficiência, perante seus pares, declara que este seria

[...] o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Com a inserção de tal princípio pretendeu o Estado combater a morosidade, descaso e omissão frente aos governados, estabelecendo obrigações efetivas aos administradores.

Segundo Bandeira de Mello (2013) o administrador público está compelido a agir tendo como parâmetro o melhor resultado estando atrelado ao princípio da proporcionalidade, o qual estará sujeito à aferição do controle jurisdicional.

Assim, a eficiência deve estar voltada:

[...] para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas, a fim de que os resultados sejam otimizados. Assim, nessa necessária articulação finalisticamente orientada dos meios, algumas considerações assumem relevante papel e, portanto, podem ser identificadas como facetas da eficiência *strictu sensu* (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.182).

Na análise de interpretações ao princípio da eficiência surge a ideia de economicidade, esta postura pode ser adotada se considerar como eficiência tão somente a ausência de desperdício de recursos. Tal interpretação deve ser ampliada, tendo em vista que o princípio da eficiência se concretiza quando a ação administrativa atinge materialmente os seus fins lícitos e propiciando ao cidadão satisfação na resolução dos problemas (Moraes, 2014).

Não é suficiente usar com economia, zelo e dedicação os bens e os recursos públicos, mas também se faz necessária a produção de eficácia, ou seja,

comprometimento político e institucional com um planejamento competente, ocasionando a obtenção de resultados sociais aspirados pela sociedade, oferecendo serviços de interesse social compatíveis com suas necessidades em extensão, qualidade e custos (Morais, 2014).

Compete ao cidadão assumir o controle dos atos administrativos de seus representantes sob a ótica da eficiência se convencendo da exigência de prestação de serviços públicos de forma satisfatória.

3. HISTÓRICO DO COMPLIANCE

A origem do compliance está ligada diretamente a busca pela elevação moral e ética no ambiente negocial, sendo que, para que tal aconteça deve-se adotar programas de integridade com regramentos específicos.

Tal prevenção decorre essencialmente quando há o desvirtuamento do caráter humano que, por meio de ações nocivas às práticas negociais, corrompem todo o processo negocial como forma a obter ganhos impróprios.

Em meados de 1977, o governo Americano, em meio a vários escândalos envolvendo empresas privadas e agentes públicos, elaborou medidas, a fim de que essas práticas fossem punidas (Fortini, 2015).

Na época, a corrupção envolvendo agentes públicos e privados atingiram mais de 400 empresas que, de algum modo ofereceram vantagens a agentes públicos para manterem ou obterem negócios com o governo americano (FORTINI, 2015).

Em reação a essas práticas adotou-se então o (Foreign Corrupt Practices Act), uma legislação com intuito de criminalizar as ações envolvendo pagamentos de vantagens impróprias. A abrangência da FCPA inclui qualquer entidade que tenha algum vínculo em solo americano, levando o governo a investigar qualquer cidadão envolvido em tais irregularidades (Pimenta Filho, 2016).

Assim, buscou-se endurecer as regras quanto a corrupção desses agentes. Nesse sentido, as empresas que quisessem trabalhar conjuntamente com o Estado Americano, deveriam adotar medidas para que fossem evitadas as condutas indesejadas no ambiente negocial (Fortini, 2015).

Nesse contexto, entre as punições destas organizações envolvidas com a corrupção em âmbito mundial estava a responsabilização das pessoas jurídicas pelos ilícitos cometidos (Pimenta Filho, 2016, 54).

Assim, com receio de serem penalizadas, as pessoas jurídicas teriam que se empenhar na busca por soluções que melhorassem as relações pessoais e os mecanismos de controle a fim de tornar o ambiente organizacional mais íntegro.

E dessa busca, tanto no Estados Unidos como atualmente no Brasil, os ordenamentos jurídicos desses países desenvolveram os programas de integridade, que, quando adotados pelas pessoas jurídicas tendem a reduzir as penalidades. De acordo com Souza (2016, p. 209) “a efetividade do programa de integridade poderá gerar atenuação da pena base em valores que variam entre 1% a 4% do faturamento bruto”.

Sendo assim a busca pela implementação dos Programas de Integridade (mecanismos de compliance) estão na pauta das organizações, com intuito de promover a moralidade nas relações econômicas, ganho na produtividade, maior controle das atividades empresariais, bem como atenuar as penalidades que porventura venham acontecer.

3.1 Aplicabilidade compliance no setor privado

À medida que as relações se tornaram mais complexas, mais o compliance veio se disseminando, como um antídoto à corrupção. Em um mundo globalizado onde as relações são transcontinentais e os avanços tecnológicos inimagináveis, a criatividade em elaborar métodos escusos de corrupção tende a ser cada vez maior (Wanick, 2017, p. 567).

Os programas de integridade são o conjunto estruturado de ações, realizadas nas organizações públicas, sociais ou privadas, voltadas a prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção (TCU, 2014).

Sua adoção promove uma cultura de integridade que, segundo a Controladoria-Geral da União (CGU, 2017), é um requisito para elevar a confiança da sociedade nas instituições públicas. Além disso, segundo a Organização para a Cooperação e p Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2018), a prevenção à corrupção no setor público é essencial para o desenvolvimento do Estado, pois assegura um ambiente propício aos investimentos públicos e privados.

De acordo com Vasconcellos Dias (2017), a organização que adota o programa de Compliance “reforça o seu compromisso com os valores e objetivos expressos em um código de ética e conduta e busca promover uma cultura corporativa de observância às leis e regulamentos”.

Nesse sentido, a promoção de valores se torna indispensável para o cumprimento das normas da organização, pois somente em um ambiente ético os indivíduos passam a refletir sobre suas ações, e quão fundamentais são suas atitudes para o desenvolvimento da organização onde estão inseridos.

Nesse âmbito, Ruy Shiozawa (2015), diz que quando há um foco na cultura, há uma consequente transmissão dos valores para os indivíduos daquela organização e isso, “cria um ambiente de confiança. Resultado: as pessoas dão o melhor de si, trabalham em equipe e naturalmente atingem resultados diferenciados”.

Ou seja, há um aprimoramento da capacidade humana, e isso reflete em todo o ambiente onde essas pessoas estão inseridas por meio de atitudes diferenciadas.

Sendo assim, o cumprimento de disposições legais torna-se efetivo, e o Compliance desenvolve-se de forma corriqueira, como consequência lógica.

Nas palavras de Breier (2015, p.2):

[...] a materialização dos programas de compliance dá-se pelos denominados códigos de condutas, através dos quais há a promoção de uma cultura do cumprimento de regras no interior da empresa, por parte de todos seus funcionários, do mais alto escalão até o menor no processo hierárquico corporativo, a denominada prática da boa governança corporativa.

O Compliance vem a ser na verdade um mecanismo que faz com que a ética para além de ser conhecida, seja também exercitada constantemente, pois com os mecanismos de controle esse agir ético se torna indispensável para os objetivos da empresa.

Desta forma, segundo Pironti (2015, p.2):

Há necessidade imediata de que as empresas criem ou aprimorem seus programas de integridade e estabeleçam procedimentos internos de conformação de conduta de seus funcionários, inserindo neste contexto um efetivo nexo de causalidade entre o programa de integridade criado e a eficaz adequação da conduta de todos aqueles que a ele se submetem.

Para a implantação de uma política de Compliance, a empresa deverá inicialmente elaborar um programa com base na sua realidade, cultura, atividade, campo de atuação e local de operação. Ele deverá ser implementado “em todas as entidades que a organização participa ou possui algum tipo de controle ou investimento” (Coimbra; Manzi, 2010, p. 20-21), principalmente mediante o estabelecimento de políticas, a elaboração de um Código de Ética, a criação de comitê



específico, o treinamento constante e a disseminação da cultura, o monitoramento de risco de Compliance, a revisão periódica, incentivos, bem como a criação de canal confidencial para recebimento de denúncias, com a consequente investigação e imposição de penalidades em razão de eventual descumprimento da conduta desejada (Ribeiro; Diniz, 2015).

Com a implantação da política de Compliance, a empresa tende a: orientar todas as suas ações para os objetivos definidos; utilizar os recursos de forma mais eficiente, visto que as decisões passam a ser mais econômicas, pois uniformes para casos similares; “proteção contra as pressões das emergências”; ter uniformidade e coerência em todos os seus atos e decisões, colaborando com a transparência dos processos; facilitar a adaptação de novos empregados à cultura organizacional; disponibilizar aos gestores mais tempo para repensar políticas e atuar em questões estratégicas; aumentar e aperfeiçoar o conhecimento da organização por todos os seus atores (Gonçalves, 2012, p. 64-65).

Destaca-se que não se deve aplicar uma estrutura de Compliance única a qualquer empresa, nem mesmo com a mesma velocidade, sob pena de ineficiência, pois cada empresa terá um tempo próprio de preparação para receber e desenvolver o referido sistema. O programa de compliance deve ser estruturado de acordo com a realidade particular da organização, as suas circunstâncias específicas, a sua cultura, o seu tamanho, o seu setor de atuação, o tipo de atividade por ela desenvolvido e o local da sua operação” (Coimbra; Manzi, 2010, p. 20)

Enfim, uma vez implantada tal política e funcionando de forma efetiva, a empresa tende a obter mais confiança dos investidores e maior credibilidade no mercado. Assim, alcançará altos níveis de cooperação interna e externa, com o consequente aumento de lucro, mas sempre de forma sustentável, trazendo benefícios à organização, a seus empregados e à sociedade.

3.2 Compliance no Brasil - Lei Anticorrupção

No Brasil, em razão dessa nova realidade, foi aprovada a Lei n. 12.846/2013, conhecida como a Lei anticorrupção, sendo um instrumento legislativo que alarga a responsabilização da pessoa jurídica. Os artigos 2º e 3º da referida lei são claros quanto à punição das pessoas jurídicas de forma objetiva.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

As medidas de compliance surgem em resposta à prevenção, pois a legislação punitiva é deveras pesada, sendo assim, para não serem penalizadas essas organizações necessitam de programas que de alguma forma sejam capazes de trazer mais transparência aos negócios.

Posteriormente à promulgação da lei anticorrupção, o decreto nº 8.420/2015, em seu artigo 41, trouxe a regulamentação dos programas de integridade, aos quais, as entidades deveriam se submeter para evitar riscos atuais nas atividades.

Art.41 [...] programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica “no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Frise-se que, a lei anticorrupção tem como foco os atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, conforme disposto no artigo 5º da supracitada lei anticorrupção.

Desse modo, qualquer empregado de empresa privada que, venha a se envolver com agentes públicos a fim de promover quaisquer tipos de corrupção, desde que haja nexos causal entre o ato do empregado e a empresa beneficiada, ensejará para a organização o dever de reparação do ato lesivo (Braga Netto, 2016, p.43).

Tal responsabilização acontece devido a responsabilidade objetiva da organização em razão dos atos lesivos contra a administração pública. Nesse sentido, há inovação em matéria de reparação civil, pois na legislação do Brasil as empresas privadas só eram responsabilizadas objetivamente em razão de danos ambientais, conforme artigo 3º, parágrafo IV da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

Agora, porém, como advento da lei anticorrupção as empresas passaram a ser responsáveis administrativa e civilmente pelos danos causados por qualquer membro

da organização ao patrimônio público nacional ou estrangeiro, bem como contra os princípios da administração pública.

Outrora, quando algum ilícito era cometido por um membro da organização contra o Estado, a culpa se faria necessária, contudo, nos termos que a lei anticorrupção estabelece, independe a averiguação da culpa, neste caso a pessoa jurídica é penalizada objetivamente (Braga Netto, 2016, p.41).

Nesse sentido, surge a preocupação das organizações em prevenir e evitar que tais fatos lesivos aconteçam e a necessidade em se criar um ambiente laboral ético e íntegro se torna vital porque, além da reparação civil, ou seja dispêndio de valores, o dano à imagem dessas organizações pode ser avassalador e comprometer de forma definitiva o negócio.

4. COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há vários elementos que podem interferir na efetivação do princípio da eficiência, fazendo com que a Administração pública não atenda de forma adequada ao cidadão. Esses elementos são dos mais variados como, por exemplo, a burocracia, morosidade, baixa qualidade do serviço prestado, improdutividade e escassez de recursos

No Brasil vive-se um verdadeiro apagão moral em todas as esferas, e quando tem-se a perda de valores morais os indivíduos tendem a olhar somente para as suas necessidades, negligenciando, assim, a sua comunidade. O ambiente onde estão inseridos os agentes públicos, nesse sentido, precisa recuperar o verdadeiro sentido de servir (Breier, 2015).

A perda de valores morais, traz consigo a segunda causa da escassez de recursos, a corrupção envolvendo agentes públicos e privados, que para enriquecerem desviam recursos da população das mais variadas formas (BREIR, 2015).

Nesse sentido, a adoção do Compliance na esfera pública pode trazer enormes benefícios à toda sociedade, pois desse modo se desenvolverá uma forte cultura de integridade entre os agentes públicos, o que acarretará a longo em um comprometimento efetivo desses agentes com os princípios administrativos dispostos no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

O Compliance público seria o programa de integridade pública, com a criação de medidas institucionais, mecanismos e procedimentos de integridade, análise e

gestão de riscos, comunicação, controles, auditoria, monitoramento e denúncia que venham a promover a atuação em conformidade do órgão, de acordo com diretrizes internas e externas promovendo, com isso, a gestão da integridade na esfera pública (Nascimento, 2016).

Assim, o compliance está relacionado ao investimento em pessoas, processos e conscientização. Por isso é importante as pessoas estarem conscientes da importância de “ser e estar em compliance”. (Febraban, 2004).

Inserida na estrutura de governança corporativa, a política de integridade é um processo contínuo que envolve identificação das exigências éticas, administrativas e legais, análise e mitigação dos riscos de não conformidade e adoção das medidas preventivas e corretivas necessárias (CGU, 2015). A prevenção e a detecção de irregularidades devem integrar o dia a dia das organizações públicas e ser parte obrigatória para análise das políticas públicas, um dos componentes do processo de tomada de decisões dos agentes públicos (CGU, 2015).

Ao atingir um objetivo traçado, por exemplo, a conscientização dos agentes públicos sobre os princípios administrativos, especialmente o princípio da eficiência, tais agentes terão plena consciência dos seus deveres perante à Administração Pública, bem como para como os administrados.

Portanto, haverá mais mobilização na prestação administrativa, pois os agentes estarão em pleno desenvolvimento de suas capacidades como servidores da população.

4.1 Compliance para efetivação do princípio da eficiência

“A Administração Pública no Brasil corrompe, porém é igualmente corrompida. Eis um fato histórico que transcende ideologias e até mesmo ao tempo” eis as palavras de Ricardo Breier (2015, p.1), membro fundador do Instituto Compliance Brasil – São Paulo.

A corrupção afeta diretamente a eficiência da máquina pública, pois tem a característica de suprir recursos e suprimir o respeito com a coisa pública, assim a administração pública se torna capenga e desprovida para efetivar os direitos de forma rápida, com qualidade e efetividade, comprometendo por completo a eficiência da prestação estatal.

Nesse sentido, a Administração Pública, a espelho das instituições privadas deve proceder da seguinte forma:



[...] a elaboração de um programa de monitoramento inicia-se com a identificação do arcabouço regulatório aplicável aos negócios da instituição e análise dos riscos a que estão sujeitos, priorizando a relevância da norma aos negócios. O passo seguinte é o início das discussões sobre a implementação da norma, dos procedimentos a ela relacionados e controles e a serem estabelecidos. (Gomes De Souza, 2013).

Ou seja, haverá necessidade de uma legislação específica para que tal programa se estabeleça tendo em vista o caráter público da iniciativa, em observância ao princípio do formalismo. Pois, como se sabe, todas as atividades realizadas pela Administração Pública devem ser regidas pelo princípio da legalidade (Azevedo Braga; Rocha Granado, 2017).

Ao vislumbrar a aplicabilidade do pilar na esfera pública tem-se como referência aqueles que têm cargos de comando ou gestão, entre eles os agentes do executivo, ou qualquer outro na esfera hierárquica da Administração Pública.

Sendo assim, o superior, em qualquer entidade pública deverá ter uma postura de incentivador, no quesito moralidade e ética. De acordo com Giovanini (2017, p.460): “a alta administração deve desempenhar a função de patrocinadora da iniciativa, permanecendo como alvo de maior atenção dos funcionários, sendo seus atos “imitados” naturalmente, por admiração”.

Portanto, ao adotar um novo paradigma inspirado pela iniciativa privada a consecução dos valores morais poderão ser mais efetivos, o que refletirá de modo incontestável na observação dos princípios administrativos constitucionais, em especial, o princípio da eficiência.

No Brasil atual, urge que os agentes públicos tenham uma conduta moral condizente com as responsabilidades públicas que são muitas e afetam a todos.

Outro dado importante do compliance tem a ver com treinamento, sendo esse um dos pilares do programa que faz o uso de diversos recursos para a educação e conscientização dos funcionários, disseminando valores, normas e procedimentos. (Golnaghi Neves, 2016, p.486).

Da mesma maneira, se por ventura viesse a ser implementado na esfera pública o compliance traria enormes benefícios, porque nos treinamentos, de acordo com Eslar e Gonsales (2016, p.503): “é no treinamento que as questões cotidianas surgem e a proximidade entre o compliance e seu público alvo se estreita e produz resultados”.

O treinamento, por exemplo, destinado a membros das Comissões de licitações e contratos administrativos, pertinentes a obras com o setor privado, teria como foco os principais problemas envolvendo esse tipo de contrato como a corrupção, superfaturamento, aditivos inócuos, projetos mal elaborados, prejuízos causados pela morosidade, pela má qualidade de materiais, dados sobre o prejuízo ao erário público (poderiam ser obtidos nos TCU-Tribunais de Conta).

Em resumo, no treinamento uma variedade de questões poderia ser abordada a fim de enfatizar a perda de eficiência com toda uma miríade de questões, fazendo com que o servidor conheça a dinâmica dos fatos, demonstrando como a postura ética desses agentes poderiam contribuir com efetivação dos princípios constitucionais.

Portanto, há uma restauração dos valores corretos tendo como resultado um ser humano mais íntegro. Na ótima descrição de Zenkner (2016, p.510) a integridade vem a ser:

A exata correspondência entre os valores morais defendidos por uma pessoa e a concretização desses no momento em que, diante das situações - problema que são enfrentadas no dia a dia, uma escolha é reclamada para que uma ação ou uma omissão seja concretizada.

Sendo assim, continua Zenkner (2016, p.510) “a integridade pressupõe uma consistência interna e externa de virtudes que impede a prática de atos incoerentes com a postura pessoal”.

Os programas de integridade pública agregam um conjunto de mecanismos e procedimentos com o objetivo de prevenir, detectar e remediar a ocorrência de fraude e corrupção nas organizações, pensadas e implementadas de forma sistêmica, com aprovação da alta direção e sob coordenação de uma área ou pessoa responsável (CGU, 2015b). As agências públicas e corporativas implementam programas de integridade para garantir a conformidade, promover melhores resultados e assegurar sua sustentabilidade, contribuindo para mitigar os riscos de ocorrência dos mais diversos tipos de oportunismo, como fraude, corrupção, conflito de interesse etc.

Enfim, no estágio atual a legislação destinada aos agentes públicos em nada tem ajudado na moralização da coisa pública, pelo contrário, a cada dia a crise moral se aprofunda mais, novos escândalos são descobertos pelas autoridades competentes e ineficiência se agrava. Desta feita, buscar experiências de sucesso que visam o aprimoramento do ser humano é salutar.

Dito isso, o compliance parece ser uma opção viável pois possui mecanismos que realmente transforma a cultura do espaço pretendido, fazendo com que todos reflitam sobre os valores almejados pela entidade, em consonância com os valores próprios.

Com a adoção do Compliance poderá surgir a possibilidade de Administração Pública cumprir seu dever constitucional em promover os direitos sociais, de forma eficiente, com rapidez, com qualidade, de forma econômica, pois em um ambiente ético e moralizado o esmero se fará presente e sendo assim as atividades serão fielmente efetivadas com eficiência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a inserção do princípio constitucional, dentre os demais princípios administrativos no artigo 37, caput da Constituição Federal, sua observação por parte dos administradores ainda é incipiente.

Com o advento da Ementa Constitucional de número 19, promovida por uma de muitas reformas havidas na Administração Pública, a eficiência passou a ter status de princípio, somando-se aos demais princípios administrativos fixados no artigo 37 da Constituição Federal do Brasil. Desse modo, devendo ser praticada por todos os administradores públicos no desempenho de suas funções.

Os gestores têm obrigação legal em observar o Princípio da eficiência, no entanto, a realidade demonstra o contrário, apesar de existir todo um arcabouço jurídico acerca da postura do servidor público, bem como legislações específicas acerca dos ilícitos administrativos.

Nesse sentido, buscar o compliance como forma de atenuar os desmandos com os recursos públicos seria, de ser forma uma opção à vista, pois resgatar valores esquecidos são imprescindíveis para a atuação na vida pública.

Os programas de integridade na administração pública são iniciativas essenciais para promover a transparência, a responsabilidade e a eficácia no setor público. Esses programas visam garantir que as instituições governamentais operem de forma ética, cumprindo as leis e regulamentos, e também buscam otimizar os recursos disponíveis para fornecer serviços de qualidade à população.

Através de um programa de integridade, em que servidores e gestores sejam treinados sob os princípios da moralidade e da eficiência muito poderá ser obtido



quando da realização da atividade administrativa, tendo em vista, que tais conceitos poderão ser apropriados por aqueles encarregados de realizar a atividade pública.

Esses programas são essenciais para fortalecer a confiança dos cidadãos nas instituições governamentais e garantir uma gestão pública responsável e eficiente.

Portanto, com a adoção do programa de integridade, os valores poderão ser atualizados de forma rotineira, o que a longo prazo fará com que os agentes incorporem os princípios administrativos (em especial o princípio da eficiência) e os apliquem corriqueiramente, de modo a atender a população conforme os ditames legais e constitucionais.



REFERÊNCIAS

AZEVEDO BRAGA, Marcus Vinicius; ROCHA GRANADO, Gustavo Adolfo. **Compliance no setor público: necessário, mas suficiente?** Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2017/04/19/compliance-no-setor-publico-necessario-mas-suficiente/>> Acesso em: 20 jan. 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BECHO, Renato Lopes. Princípio da eficiência da administração pública. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, jul. 99.

BRAGA NETTO, Felipe. Uma Nova hipótese de Responsabilidade Objetiva na Ordem Jurídica Brasileira? O Estado Como Vítima. In: **Lei Anticorrupção e Temas de Compliance**. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

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

BREIER, Ricardo. **Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais#sdfootnote1sym> Acesso em: 20 jan. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

Controladoria-Geral da União. (2015). Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Guia de Implementação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais**. Brasília, DF.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas. 2007.



DINIZ, Patrícia Dittrich; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Ano 52. Nº 205 jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf>. Acesso em 06 fev. 2018.

ESLAR, Karine Dias; GONSALES, Alessandra. Como Avaliar a efetividade de um programa de Compliance. In: **Lei Anticorrupção e Temas de Compliance**. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS- (FEBRABAN). **Função Compliance**. 2004. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09>. Acesso em: 27 jan. 2018.

FORTINI, Cristina. Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA). In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. nº 22. 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cristiana-fortini/uma-rapida-comparacao-entre-a-lei-1284613-e-norteamericano-foreign-corrupt-practices-act-fcpa>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOLNAGHI NEVES, Edmo. Compliance anticorrupção: como implementar um programa. In: **Lei Anticorrupção e Temas de Compliance**. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

GONÇALVES, José Antônio Pereira. **Alinhando processos, estrutura e compliance à gestão estratégica**. São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso De Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.



MORAIS, Janaina Jacolina. **Princípio da Eficiência na Administração Pública**. [2014]. Disponível em: <http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2014/07/principio_eficiencia.pdf>. Acesso em 07 fev. 2018.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira. Compliance Público: O caminho para a integridade na Administração Pública. [2016]. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2016/09/23/compliance-publico-o-caminho-para-a-integridade-na-administracao-publica/>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

Organization for Economic Co-operation and Development. (2018). **Integridade pública**: recomendação do conselho da OCDE sobre integridade pública. Recuperado de <www.oecd.org/gov/ethics>.

PIMENTA FILHO, André. Comentários aos Artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção. In: **Lei Anticorrupção e Temas de Compliance**. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>> Acesso em: 26 jan. 2018.

SILVA, André Ricardo Fonseca da. Administração Pública eficiente na prestação dos serviços públicos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3979, 24 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27959>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

SOUZA, Jorge Munhoz de Souza. Responsabilização na Lei Anticorrupção. In: **Lei Anticorrupção e Temas de Compliance**. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2016

SHIOZAWA, Ruy. **Transformar a sociedade pode ser mais simples do que parece**. Disponível em: <<http://compliancebrasil.org/transformar-a-sociedade-pode-ser-mais-simples-do-que-parece/>> Acesso em: 04 fev. 2018.

Tribunal de Contas da União. (2014). **Referencial básico de governança**: aplicável a órgãos e entidades da administração pública. Brasília, DF.

VASCONCELLOS DIAS, Eduardo Tibau. A importância do compliance no cenário atual e a propriedade Intelectual. **Revista Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253789,81042-A+importancia+do+compliance+no+cenario+atual+e+a+propriedade>> Acesso em: 05 fev. 2018.



WANICK, Paulo. Boas Práticas do Setor Privado na Promoção de um Mercado mais Íntegro e Ético. **Lei Anticorrupção e Temas de Compliance**. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2016

ZENKNER, Marcelo. O papel do setor privado na promoção de um mercado mais íntegro e ético. In: **Lei Anticorrupção e Temas de Compliance**. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

**A APLICABILIDADE DA CONSTELAÇÃO NOS CONFLITOS FAMILIARES**

THE APPLICABILITY OF THE CONSTELLATION IN FAMILY CONFLICTS

Eduardo Henrique Xavier da Silva¹José Laurindo de Souza Netto²

Resumo: Esta pesquisa tem como objetivo analisar e examinar com a Constelação Familiar, técnica conciliatória alemã, que se dedica à problemática fecundada na raiz de cada ser humano, o estabelecimento de meios e critérios para solucionar o problema gerado por restrições de caráter relacional em função de relações familiares emocionalmente mal elaboradas, que acabam restringindo as formas de interagir de cada ser, analisando a utilização da constelação dentro dos conflitos familiares, de forma que seja vantajosa para as partes que estão em conflito, solucionando assim a lide. Por fim, a investigação acerca dos reais benefícios ensejados pelo emprego da técnica de constelação familiar nas lides de família, como o melhor meio a ser utilizado durante a sua empregabilidade.

Palavras-Chave: Constelação Familiar, Técnica Alemã, Divórcio Judicial, Aplicabilidade, Conflitos Familiares.

Abstract: This research aims to analyze and examine with the Family Constellation, a German conciliatory technique, which is dedicated to the problem fertilized at the root of each human being, the establishment of means and criteria to solve the problem generated by relational restrictions due to emotionally poorly elaborated family relationships, which end up restricting the ways of interacting of each being. analyzing the use of the constellation within family conflicts, so that it is advantageous to the parties who are in conflict, thus resolving the dispute. Finally, the investigation about the real benefits of the use of the family constellation technique in family dealings, as the best means to be used during their employability.

Keywords: Family Constellation, German Technique, Legal Divorce, Applicability, Family Conflicts.

INTRODUÇÃO

O pensamento precário que a sociedade atual cultiva em relação à solução dos conflitos existentes, em que se tem uma política de “guerra”, querer “vencer” a outra parte sem resolver verdadeiramente o conflito, acarretando assim uma sobrecarga

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Especialista em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Pós-Graduando em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA, Advogado inscrito na Seccional da OAB/PR, Assessor na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná.

² Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1982), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Pós-doutorado (2004), junto ao departamento de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma "La Sapienza", em programa de vinculado ao Ministério da Educação - Capes. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: professorlaurindo@prof.unipar.br.



desnecessária ao Poder Judiciário como bem se demonstra pelos números obtidos através do Conselho Nacional de Justiça, o qual estima que há 91,9 milhões de processos tramitando em primeiro grau.

Correlacionada com a exagerada massa de processos desnecessários, vêm à lentidão da análise para esses processos, fazendo com que uma lide que poderia se resolver em pouco tempo demore anos para chegar a uma solução a qual usualmente nem mesmo é benéfica para as partes.

No cenário demonstrado acima, será que é benéfico buscar somente a resolução judicial de conflitos? Pelo próprio cenário atual do sistema jurídico brasileiro a resposta pode se chegar a uma resposta simples, não. A utilização de meios consensuais de conflitos pode ser uma alternativa para o quadro atual? Como será recorrido logo após, sim, a utilização de meios consensuais de resolução de conflitos é uma grande e quem sabe a melhor alternativa para o quadro atual. A constelação familiar pode facilitar a compreensão das partes e retirar esse pensamento de “guerra”? Como bem será demonstrado logo mais nesse trabalho científico, sim, a constelação familiar é capaz de facilitar a compreensão das partes e retirar o pensamento de “guerra” que muitos possuem ao recorrer ao judiciário, de maneira que pesquisas realizadas pelo precursor da constelação familiar no âmbito jurídico no Brasil (Direito Sistêmico), o juiz Sami Storch, apresentou que após a utilização do método ele conseguiu um índice de 100% de acordos em audiências de conciliação e mediação.

Tendo em vista esses questionamentos e além da breve “resposta” para eles chega-se a conclusão que em razão da própria evolução do homem na sociedade, os meios consensuais de resolução de conflitos foram tomando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, exemplo disso é a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a qual busca regular as práticas para o tratamento adequado das lides no Poder Judiciário, culminando na Lei de Mediação (Lei 13.140/2015).

Seguindo essa linha de acontecimentos a técnica conciliatória alemã, mais conhecida como constelação familiar (desenvolvida por Bert Hellinger no final do século XX), apresenta um método de solução de conflitos interessante, no qual busca pelo diálogo entre as partes conflitantes e o real motivo do conflito entre elas, utilizando-se de 3 (três) princípios bases denominados ordens do amor.

No Brasil, o número de processos que tramitam em primeiro grau de jurisdição ultrapassa a incrível marca de 91,9 milhões de processos como já supracitado,



demonstrando uma sobrecarga de lides que muitas vezes, em sua maioria, poderiam ser resolvidas sem que o autor acione o Poder Judiciário, utilizando-se da constelação familiar como principal forma de resolução de conflitos.

O Direito Sistêmico, em termos técnico-científico, é um método sistêmico-fenomenológico de solução de conflitos, que tem por escopo conciliar, profunda e definitivamente, as partes mediante o conhecimento e a compreensão das causas ocultas geradoras das desavenças, resultando daí paz e equilíbrio para os sistemas envolvidos, tendo como fundamento base a constelação familiar.

Por esse viés, demonstra-se a importância da constelação familiar para o Direito e para Sociedade, pois, sendo os conflitos resolvidos a partir da revelação de suas causas mais profundas, eles não retornarão mais ao Judiciário com outra roupagem, gerando, assim, economia para o Estado e descongestionamento da máquina judiciária.

1. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Mediar é a ação de comunicar: informar e informar-se, conhecer e conhecer-se, explicar e explicar-se, compreender e compreender-se. Ressalte-se, porém, que para a mediação familiar a discriminação das diversas formas de comunicação aperfeiçoa o nível da compreensão e o da intercompreensão, sendo esta última o verdadeiro objetivo a ser alcançado na mediação familiar³. Com base no exposto anteriormente, percebe-se a grande relação que a mediação possui com a constelação familiar e a importância da aplicação das duas como um conjunto para o apaziguamento de conflitos no ramo do Direito das Famílias.

O trabalho com as constelações é um procedimento de humildade. Dizer sim ao que emerge, renunciar à liderança e se submeter a um contexto maior e entrar em consonância com a família, não saberá o que se mostrará no fim a alma indica o caminho⁴. Tendo em vista o disposto previamente o trabalho com as constelações familiares são um procedimento de humildade para todos os que se submetem a ela, renunciando a si mesmo e se colocando em um patamar maior em conjunto com sua família, fazendo com que sejam descobertas coisas que talvez nunca fossem descobertas se as pessoas não se submetessem ao método.

³ BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar Interdisciplinar. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p.38.

⁴ CARVALHO, Elza Vicente. Constelações Familiares Sistêmicas. Revista Saúde Quântica. Curitiba. v. 1. n. 1. p. 43-45, jan-dez. 2012.

A abordagem sistêmica, o fenômeno da constelação familiar e as técnicas desenvolvidas pelo filósofo e psicoterapeuta Bert Hellinger tiveram origem no campo terapêutico. Hellinger foi somente o desenvolvedor das constelações familiares, a geração do próprio trabalho partiu da junção de saberes de comunidades tribais, e de teorias e métodos de muitos autores da filosofia, teologia, psicologia, psicanálise, pedagogia, etc. Dessas aquisições e das experiências em consultório, Hellinger extraiu princípios nos quais fundamentou sua filosofia que, com a extensão atingida, passou a perceber e apresentar como ciência⁵.

As constelações familiares, embora sejam eventualmente oferecidas no contexto de uma psicoterapia, não constituem uma psicoterapia no sentido usual. A psicoterapia objetiva curar. Ela busca a dissolução de distúrbios da personalidade e de doenças anímicas, psicossomáticas, traumáticas e psiquiátricas, definidas segundo determinados critérios. Ela acompanha o cliente ou paciente pelo tempo necessário até que o sintoma desapareça e que advenham melhoras, a cura ou até que o cliente não possa mais ser ajudado por vias psicoterapêuticas. Tudo isso pode acontecer nas constelações familiares, como um efeito colateral, de acordo com a formação anterior e a habilitação legal do terapeuta. Nada disso, porém, é o seu objetivo imediato⁶.

A constelação familiar pode ser caracterizada como um método profissionalmente dirigido visando à superação de crises pessoais e familiares na vida. Nessa condição ela pode ser apresentada e aprendida. Tanto a apresentação quanto o aprendizado exigem uma grande abertura em relação ao seu procedimento metódico. Temos a tendência de esperar dos métodos para a resolução de problemas anímicos algo semelhante ao que oferecem os métodos técnicos das ciências naturais, a saber, confiança e previsibilidade. Desejamos que o método seja comprovado, dê segurança e, quando possível, proporcione resultados desejáveis e previsíveis⁷.

A fim de alcançar os objetivos propostos, a técnica é regida por três princípios básicos, denominados ordens do amor e que representam as necessidades

⁵ CÉSPEDES, Adele Speck Rendón. A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação. Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, p. 11.

⁶ ROBERT SCHNEIDER, Jakob. A prática das constelações familiares. Tradução de Newton A. Queiroz. 1. ed. Patos de Minas: Editora Atman, 2007, p. 13.

⁷ ROBERT SCHNEIDER, Jakob, 2007, p. 2007.

essenciais para a manutenção sadia dos relacionamentos humanos e da constituição dos sistemas, ou seja, de grupos sociais. São elas: o pertencimento ou vinculação a um grupo; a necessidade de se estabelecer uma ordem, a importância de se estruturar o sistema em relação ao tempo de ingresso no mesmo, à função ou à hierarquia entre os membros; e a manutenção entre o dar e o receber⁸. Sendo assim, criou-se o Direito Sistêmico, em termos técnico-científico, que é um método sistêmico-fenomenológico de solução de conflitos, o qual tem por escopo conciliar, profunda e definitivamente, as partes mediante o conhecimento e a compreensão das causas ocultas geradoras das desavenças, resultando daí paz e equilíbrio para os sistemas envolvidos, tendo como fundamento base a constelação familiar.

Esta técnica passou a ser utilizada em diversas áreas, servindo, de um modo geral, para ampliar o diálogo entre os sujeitos que possuem restrições de caráter relacional em função de relações familiares emocionalmente mal elaboradas. No Direito, têm-se por foco, quando se faz uso da referida técnica, o aprimoramento do diálogo entre as partes litigantes, com enfoque especial nas demandas de Direito de Família, visando reestabelecer um contato mais saudável entre os litigantes⁹.

O método da constelação familiar pode ser empregado individualmente ou em grupo, sendo que quando utilizado em grupo as pessoas presentes na sala de constelação são escolhidas pelo terapeuta para representar as questões pertinentes ao problema do paciente. Assim, as manifestações acontecerão no corpo da pessoa que o representa. Dessa forma, a raiz do problema é identificada e o progresso acontece caso seja feita justiça para com essa questão. Por outro lado, a constelação individual é feita por meio de totens, os quais representam as áreas a serem tratadas.

Levando em consideração a Resolução 125/2010 a qual estimula práticas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e observando o exposto a cima em relação à técnica conciliatória alemã, a constelação familiar está dentro dos padrões descritos pelo CNJ em sua resolução, visando um aprimoramento na resolução de conflitos de interesses.

No Brasil, a técnica da constelação familiar foi utilizada inicialmente pelo magistrado Sami Storch no ano de 2012, o mesmo afirma que o método é a chave

⁸ HELLINGER, Bert. Simetria oculta do amor. Tradução de Newton A. Queiroz. 6. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2015, p. 21.

⁹ CNJ. Juiz consegue 100% de acordos usando técnica alemã antes das sessões de conciliação. 2014. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62242-juiz-consegue-100-de-acordos-usando-tecnica-alema-antes-das-sessoes-de-conciliacao> >. Acesso em: 10 jul. 2018.

para o fim dos conflitos, levando em conta todo o meio familiar, ascendentes, descendentes, visando alcançar a raiz do problema.

Visa-se com a utilização da constelação familiar a aproximação das partes em conflito e um melhor entendimento dos problemas entre elas, fazendo assim com que cheguem a um acordo sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário por meio de processo judicial que poderia acarretar em uma decisão que não seria realmente benéfica para ambas as partes. Ademais, como a constelação familiar é um método consensual de resolução de conflitos e investiga a real “raiz” do problema criado, além da solução do conflito ela traz uma sensação de “paz”, devido à verdadeira pretensão de solucionar a lide existente, fazendo com que assim haja uma diminuição no retrógrado pensamento de “guerra” entre as partes, o qual uma tem que “vencer” a outra para “ganhar” o processo, sendo que isso não é efetivamente benéfico para nenhuma das partes em conflito.

Além da Resolução 125/2010, a constelação familiar possui fulcro no artigo 3º, § 3º do Novo Código de Processo Civil, a seguir:

“§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Sendo assim o primeiro benefício da constelação familiar é que o Poder Judiciário se torna mais “humano”, pois de uma forma pacífica e mais rápida tenta chegar a uma solução para o conflito existente entre as partes, outro ponto benéfico é sua efetividade para a mediação ou conciliação, o que contribui para desafogar o judiciário.

A constelação familiar como pode se observar é um ótimo meio para a solução consensual dos conflitos existentes no Poder Judiciário, sua aplicação atualmente se dá anterior às audiências de mediação e conciliação no Direito de Família, sendo que quando aplicada, segundo o Magistrado Sami Storch, alcançou um índice de 100% de acordos, ou seja, uma resolução “perfeita” para os conflitos.

2. METODOLOGIA

Sobre o tema desenvolvido foi empregado o método dedutivo para a realização da pesquisa, amparado nos materiais colhidos de diversos modos. Com efeito, pesquisas bibliográficas, de maneira física ou eletrônica, e a pesquisa em artigos

científicos de forma a complementar a pesquisa bibliográfica. Além disso, serão utilizados dados estatísticos fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Posteriormente a linha de pesquisa aplicada será a pesquisa de campo, participando de constelações e entendendo melhor a sua prática na busca da raiz do problema inerente a pessoa.

3. RESULTADOS OBTIDOS

Através das pesquisas realizadas e estudadas durante o tempo de realização do presente artigo, foi possível perceber que um ótimo método para a utilização da constelação familiar é a sua utilização antes da audiência de conciliação nas varas de família, como bem demonstrado pelos resultados obtidos pelo juiz Sami Storch como supracitado nesse trabalho científico, o qual alega que conseguiu um índice de 100% de acordos nas audiências após a utilização do método que se baseia na real busca para a solução dos conflitos internos e externos das pessoas as quais se dispõe a participar de uma sessão de constelação familiar.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse viés, demonstra-se a importância da constelação familiar para o Direito e para sociedade, pois, sendo os conflitos resolvidos a partir da revelação de suas causas mais profundas, eles não retornarão mais ao Judiciário com outra roupagem, gerando, assim, um verdadeiro apaziguamento das controvérsias sociais. Este apaziguamento se dá pelo retorno ao equilíbrio entre as principais áreas da vida do constelado, seja trabalho, família, o “eu” em si.

Assim o real objetivo do Poder Judiciário o qual é a definitiva solução da lide das pessoas de maneira mais adequada pode ser alcançado com facilidade com a utilização da constelação familiar conjuntamente com as audiências de conciliação e mediação, de maneira a fazer com que o processo tenha um andamento mais célere perante o Órgão do Judiciário. Aos poucos na mesma esteira fazendo com que a política de guerra criada nesse ambiente seja dissolvida para finalmente as pessoas procurarem o real problema que não se encontra no processo, na política de ódio pelo ex cônjuge ou pelo “querer atrapalhar” a vida do outro familiar, mas sim a solução e o encontro da paz desses problemas que podem ser resolvidos de maneira simples através da busca pelo seu entendimento.



Além de todo o exposto é de grande valia ressaltar uma hipótese muito relevante e possível para a utilização da constelação familiar, qual seja no Tribunal multi portas, campanha realizada pelo Poder Judiciário para demonstrar a importância das soluções consensuais de resolução de conflitos como a mediação e a conciliação, desta maneira, em consonância com o proposto pela campanha acrescentaria a constelação familiar em sua programação, explicando e demonstrando a sua utilização na prática e seus reais benefícios para quem se propõem a sua realização.

Desta maneira conclui-se que a constelação familiar, ou melhor, o Direito Sistêmico pode vir a ter uma grande relevância para o mundo jurídico como já tem se demonstrado pelos resultados obtidos por quem se dispôs a participar de suas sessões e após realizar as audiências e conciliação e mediação, assim cada vez mais crescendo no âmbito social e jurídico como meio alternativo de resolução de conflitos.

**REFERÊNCIAS**

ALFARO, Érika. **Conheça os métodos utilizados na terapia das constelações familiares**. Disponível em: <<https://www.altoastral.com.br/metodos-terapia-constelacoes-familiares/>> Acesso em: 07 ago. 2018.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

BADALOTTI, Damaris. Conciliação X Mediação X Constelações – Sistêmicas do judiciário, a busca incessante pela resolução. Disponível em: <<http://www.adamsistemas.com/arquivos/9353>> Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL, **Novo Código de Processo Civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Elza Vicente. Constelações Familiares Sistêmicas. **Revista Saúde Quântica**. Curitiba. v. 1. n. 1. p. 43-45, jan-dez. 2012.

CÉSPEDES, Adele Speck Rendón. **A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação**. Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

CNJ. Juiz consegue 100% de acordos usando técnica alemã antes das sessões de conciliação. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62242-juiz-consegue-100-de-acordos-usando-tecnica-alema-antes-das-sessoes-de-conciliacao>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

Conselho Nacional de Justiça, **Resolução 125/2010**, de 29 de Novembro de 2010. HELLINGER, Bert. **Simetria oculta do amor**. Tradução de Newton A. Queiroz. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 2015.

HELLINGER, Bert; HOVEL, Gabriele ten. **Constelações Familiares – O Reconhecimento das Ordens do Amor**. Tradução de Eloisa Giancoli Tironi e Tsuyuko Jinno-Spelter. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

JÚNIOR, Anselmo Falcão de Arruda. Artigo: Direito Sistêmico. Disponível em: <<http://www.mtagora.com.br/coluna/artigo-direito-sistemico/181942496>> Acesso em: 10 jul. 2018.



Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ, v. 5, n. 1, Nov-Dez/2017, p.274/276. Suplemento Especial, RESUMOS EXPANDIDOS, 3ª Mostra Científica 2017.

ROBERT SCHNEIDER, Jakob. **A prática das constelações familiares**. Tradução de Newton A. Queiroz. 1. ed. Patos de Minas: Atman, 2007.

SILVA, Artenira da Silva; BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**. Maranhão. v. 3. n. 2. p. 88-105, jul/dez. 2017.



AS TECNOLOGIAS ASSISTIVAS COMO MEIO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO

ASSISTIVE TECHNOLOGIES AS A MEANS OF DEMOCRATIZING EDUCATION

Marcianita Lopata de Lima¹

Mara Darcanchy²

Moser Pinto Coelho³

Resumo: A educação é um direito social fixado na Constituição Federal, bem como, na Carta de Direitos Humanos, sendo o principal instrumento de garantia para uma sociedade igualitária. Ocorre que, em diversos países, incluindo o Brasil, nota-se um déficit na sua qualidade em algumas regiões, que envolve o seu acesso, qualidade principalmente adoção de práticas eficientes para uma educação inclusiva. Objetiva-se, portanto, com essa pesquisa analisar os desafios do suporte pedagógico assistivo no panorama brasileiro, bem como, identificar se a sua inclusão auxiliará na igualdade dos direitos sociais e direitos humanos. Utilizou-se a metodologia dedutiva bibliográfica. Espera-se demonstrar através dos dados apresentados a validade das tecnologias assistivas, apontando que, aplicadas da maneira correta nas ações pedagógicas elas possuem potencial de ampliar as possibilidades de ensino inclusivo. Nesse sentido, destaca-se que a inclusão não é apenas incluir, e sim adaptar as possibilidades para potencializar o desenvolvimento humano, estando assim, em diretriz com os direitos humanos, sobretudo, de igualdade e cidadania.

Palavras-Chave: educação; inclusão social; processos de aprendizagem; tecnologias assistivas.

Abstract: Education is a social right established in the Federal Constitution, as well as in the Charter of Human Rights, being the main guarantee instrument for an egalitarian society. It happens that, in several countries, including Brazil, there is a deficit in its quality in some regions, which involves its access, quality, mainly the adoption of efficient practices for an inclusive education. Therefore, the objective of this research is to analyze the challenges of assistive pedagogical support in the Brazilian scenario, as well as to identify whether its inclusion will help in the equality of social and human rights. The bibliographic deductive methodology was used. It is hoped to demonstrate through the data presented the validity of assistive technologies, pointing out that, when applied correctly in pedagogical actions, they have the potential to expand the possibilities of inclusive education. In this sense, it is emphasized that inclusion is not

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4300-2968>. LATTES: <<http://lattes.cnpq.br/8387852275507836>>. E-Mail: marcia_lopata@hotmail.com.

² Pós-Doutora PhD em Direito Internacional (Itália). Doutora e Mestra em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com Bolsas CNPq e CAPES respectivamente; Graduada nos cursos de Bacharelado em Direito (FDC) e Licenciatura plena em Letras português/espanhol (CNE). Pesquisadora Sênior DGP/CNPq da Universidade Ibirapuera (UNIB-SP). <<https://orcid.org/0000-0002-6004-4633>>.

³ Contador com graduação em Ciências Contábeis pela Universidade Positivo (2019). Pós graduação em Ux experiência do udiatio pela Universidade Tuiuti do Paraná, pós graduação em gestão de projetos, especialização em contabilidade, gestão e tributação (cursando) pela faculdade Focus

just including, but adapting the possibilities to enhance human development, thus being in line with human rights, above all, equality and citizenship.

Keywords: education; social inclusion; learning processes; assistive technologies.

INTRODUÇÃO

A educação como Direito Humano integra a Segunda Geração de Direitos Fundamentais, considerada como um Direito Social, tendo em vista que sua garantia promove a construção de uma sociedade solidária.

Por essas razões é que a educação é um meio que deve ser pautado pela promoção da igualdade de direitos e do exercício da cidadania, conforme dispõe a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e a Constituição Federal de 1988 do Brasil, de modo que ambas garantem a igualdade para a sociedade.

Ocorre que a educação no Brasil se desenvolve de maneira heterogênea em diferentes contextos sociais, principalmente envolvendo aspectos da educação inclusiva e daqueles que possuem dificuldade de participar plenamente da sociedade de forma igualitária.

Nesse sentido, destaca-se que a tecnologia, sobretudo, a assistiva é um facilitador para este tipo de aprendizagem, considerando que possui características que englobam um contexto interdisciplinar, contendo produtos, recursos, metodologias e estratégias específicas, que visam promover a participação de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida.

Ela é um instrumento que visa auxiliar na construção da aprendizagem, uma vez que garantirá maior autonomia e inclusão social, auxiliando na qualidade de vida de pessoas deficientes.

No entanto, existe diversos obstáculos em sua adoção considerando que muito ambientes escolares não possuem infraestrutura mínima, como materiais e recursos tecnológicos adequados, além disso, são poucos os profissionais capacitados para esta diretriz pedagógica.

Desta forma, o problema do trabalho versa sobre a possibilidade e eficiência da aplicabilidade da tecnologia assistiva nas escolas brasileiras, considerando os desafios regionais e econômicos.

Ainda, apresenta como objetivo averiguar se as tecnologias assistivas realmente auxiliam o aprendizado e formação de identidade para os portadores de deficiência, quais são seus desafios, e ainda, investigar se com sua aplicação haverá

contribuições para a efetivação dos Direitos Humanos, sobretudo, do direito à educação igualitária.

Para a construção do trabalho, propõe-se a divisão em três segmentos, realizando primeiramente um diálogo da educação com os Direitos Humanos e Cidadania. Neste capítulo explora-se o que são os Direitos Humanos, e como a educação se projeta como direito social e fundamental. Utiliza-se da legislação brasileira, sobretudo, da Constituição Federal como panorama legislativo.

O segundo segmento busca investigar a evolução e atual cenário da tecnologia na educação no Brasil. Pontua-se que a tecnologia possui potencial para auxiliar no suporte pedagógico, no entanto, se usada sem um planejamento específico ela pode acarretar efeito reverso, prejudicando o desenvolvimento escolar.

Destaca-se, nesse sentido, que as pessoas com deficiência já são excluídas da sociedade, e isso se acentua quando utilizada tecnologia imprópria durante o transcurso das aulas. Uma das soluções é a utilização da tecnologia assistiva, que são recursos, produtos e serviços adequados para cada deficiência.

No cenário de aplicação de tecnologia assistiva, explorou-se seu conceito, histórico e elementos básicos que a constituem. Dentro dos produtos e serviços elencou-se os mais importantes, e como eles se projetam no cenário escolar.

E por fim, no último capítulo identifica-se os desafios para o desenvolvimento humano na relação educacional, sob perspectiva das tecnologias assistivas.

Para isso, utilizou-se o método dedutivo bibliográfico, com análise de dados extraídos de revista científicas de *qualis* B2 ou superior, uma vez que os dados coletados para a pesquisa são iminentemente bibliográficos e doutrinários.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Estado da arte

Durante o transcurso das aulas de Mestrado, e em busca da realização do estado da arte, buscou-se realizar um levantamento de dados em relação a adoção da Tecnologia Assistiva nas escolas do Brasil, a fim de corroborar com a plenitude da cidadania e dos direitos fundamentais do acesso à educação.

Para isso, algumas plataformas foram utilizadas como o banco de informação da plataforma “EBSCO”, Revistas Científicas com conceito *qualis* B2 ou superior, e doutrinas relacionadas ao assunto.

O período temporal utilizado foi de 2010 até 2022, considerando a massiva produção acadêmica produzida neste período. Além disso, os descritores utilizados foram: “tecnologia assistiva, tecnologias pedagógicas, inclusão”.

Por fim, considerando que a pesquisa abrange a aplicação de uma tecnologia que possui potencial de incluir os vulneráveis e garantir uma sociedade igualitária, tem-se justificado a adequação com a função da pesquisa científica

Ainda, a pesquisa é pertinente com a disciplina Crise Da Jurisdição, Efetividade e Plenitude Institucional cursada no Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA, tendo em vista que a ementa abarca o estudo da necessidade de compreensão dos fenômenos econômicos para a efetiva prestação da tutela do Estado.

2.2 Apresentação dos dados

2.2.1 Diálogo da educação com os direitos humanos e cidadania

Um dos princípios basilares para a construção de relações democráticas e uma sociedade igualitária se baseia nos Direitos Humanos. Isto porque eles são intrínsecos ao próprio homem, ou seja, eles surgem como forma de um direito natural.

Esses direitos foram fixados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, sendo um marco da universalidade e indivisibilidade de direitos, a doutrinadora Flávia Piovesan demarca que:

Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade (2018, p. 63 e 64)

Por serem universais e inerentes à condição da pessoa, podem ser relativos à particularidade social de cada país, de forma que sua aplicação surge de forma regionalizada. Pérez Luño, nesse sentido, considera-os como:

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos

ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (CASTRO et al., 1979. p. 43).

No Brasil, nota-se que o marco inicial da incorporação foi sob a égide da Constituição Federal de 1988, na oportunidade o valor da dignidade humana foi elevado como princípio fundamental, disposto no artigo 1º da Carta Magna, assim como os direitos enunciados pelo Art. 5º da referida norma.

Dentro do direito a dignidade humana é imprescindível que o homem possua direitos mínimos como o direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais.

Nesse cenário, o direito a educação é a base de todos os demais citados, pois é por meio dela que é possível fomentar a promoção de outros direitos.

Machado e Oliveira ressaltam que “além de ser um direito social, a educação é um pré-requisito para usufruir-se dos demais direitos civis, políticos e sociais emergindo como um componente básico dos Direitos do Homem” (2001, p.57).

Ainda, Sergio Haddad, durante o Relatório sobre o Direito à Educação, realizado pela Plataforma Brasileira de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais, em 2004, pontua que:

Conceber a Educação como Direito Humano diz respeito a considerar o ser humano na sua vocação ontológica de querer "ser mais", diferentemente dos outros seres vivos, buscando superar sua condição de existência no mundo. (...) Os sistemas escolares são parte deste processo educativo em que aprendizagens básicas são desenvolvidas. Ali, conhecimentos essenciais são transmitidos, normas, comportamentos e habilidades são ensinados e aprendidos. Nas sociedades modernas, o conhecimento escolar é quase uma condição para sobrevivência e bem estar social (2004, p. 1).

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu Artigo 205 dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado, sendo seu objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Corroborando com esse direito o Art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a igualdade de condições para o acesso e permanência a escola.

Nesse cenário, cumpre ressaltar que a educação igualitária não engloba apenas o acesso à educação, deve-se considerar que a educação deve abranger

todas as particularidades da diversidade social, ou seja, deve-se desenvolver a educação inclusiva.

Considerando sua importância como direito social e fundamental, deve-se acompanhar todas as necessidades sociais e as diferenças patológicas, de modo que a Constituição Federal também previu, em seu artigo 203, inciso V, o acesso aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um.

O Estatuto da pessoa com deficiência também se destina a estabelecer critérios básicos para promover e proteger as condições de igualdade de todos os direitos humanos.

A despeito da vasta legislação, nota-se uma assimetria no desenvolvimento da educação global, e notadamente, regional.

O insigne jurista Paulo Bonavides pontuou que, apesar da Constituição garantir direitos sociais básicos, a realidade mostra condições materiais ineficientes para sua efetivação. Frisa que o problema consiste na eficácia, considerando a precariedade dos recursos estatais.

Nesse sentido, o mesmo autor aponta que:

Tal acontece sobretudo nos países de economia frágil, sempre em crise. Volvidos para o desenvolvimento e ao aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem em uma esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime. Alojados na própria Constituição concorrem materialmente para fazê-la dinâmica, sujeitando-a ao mesmo passo a graves e periódicas crises de instabilidade, que afetam o Estado, o governo, a cidadania e as instituições (BONAVIDES, 2001, p. 345)

Colhe-se dados que demonstram a controvérsia da legislação com a realidade brasileira, a exemplo, o Instituto Alicerce Educação realizou uma pesquisa avaliando as lacunas de aprendizagem de 2.763 alunos brasileiros, concluindo a ocorrência de um agravamento agudo após o período de ensino remoto (INSTITUTO ALICERCE EDUCAÇÃO, portal eletrônico, 2022).

Diagnosticaram que as crianças apresentaram cerca de 2,2 anos de defasagem escolar em matemática, 1,9 anos em leitura e 1,7 anos em redação. Já os jovens apresentaram uma defasagem escolar média de 4,5 anos em matemática, 3,3 anos em leitura e 4,2 anos em redação.

Sob a perspectiva do número total de alunos, mais de 90% apresentam defasagem em leitura, em escrita e em matemática, uma evidência da amplitude do desafio de recuperar a defasagem de alunos de todas as idades e localidades (op cit.).

Nesse sentido, a autora Adelaide Alves Dias denomina que o direito à educação possui um vício de origem (2007), afinal, não se aplica a todos os indivíduos por diversos motivos, sejam eles de ordem política, déficit econômico ou falta de logística para investimento.

A defasagem é tão grave, e pendura por tanto tempo, que a Agenda 2030 incluiu o “Objetivo de Desenvolvimento Social 4”, que dispõe sobre uma educação inclusiva, equitativa e de qualidade para todos, promovendo oportunidades de aprendizado ao longo da vida para todos.

Conclui-se o capítulo ressaltando a importância da educação e suas falhas perante a sociedade, criando um cenário de preocupação, afinal uma das formas de concretizar os Direitos Humanos na sociedade, é aproximar as pessoas de seus direitos natos, entre eles a educação a fim de diminuir a desigualdade.

Assim, passa-se a expor no próximo capítulo a possibilidade de efetivação dos Direitos Sociais através das tecnologias, visto que são instrumentos que facilitam o suporte pedagógico.

2.2.2.1 A evolução e atual cenário da Tecnologia na educação

A principal característica do século XXI é a inserção da tecnologia em todos os setores, é uma sociedade totalmente informatizada por diversas razões, sejam elas sobre a economia, celeridade, e confiabilidade de informações.

Assim, é possível aplicá-la ao contexto pedagógico, que pode ser através da aprendizagem mediada pela tecnologia durante o apoio ao ensino presencial, a distância e à autoaprendizagem.

O ensino a distância, também conhecido como EAD, foi massivamente utilizado durante o transcurso da pandemia do Covid-19 até os dias atuais. O INEP constatou que o Brasil registrou o maior ingresso de alunos nos cursos à distância em relação à modalidade presencial.

Dos mais de 3,7 milhões de ingressantes de 2020 (instituições públicas e privadas), mais de 2 milhões (53,4%) optaram por cursos à distância e 1,7 milhão (46,6%), pelos presenciais.

Os dados ainda demonstram que nos últimos 10 anos o número de matrículas em cursos presenciais diminuiu 13,9%, enquanto nos cursos EAD aumentou 428,2% (AGÊNCIA BRASIL, portal eletrônico, 2022).

Esse aumento só foi possível com o avanço da tecnologia, sendo importante frisar que a educação presencial também incorpora funções tecnológicas, mantendo um equilíbrio entre o ensino convencional com atividades inovadoras. Nesse sentido, Matta frisou que a tecnologia serve como um auxílio da cognição, a propósito:

os meios informatizados são como ambientes nos quais a mente humana encontra espaço para dialogar consigo mesma, assim como para facilitar a organização e sistematização do processo de construção do conhecimento. Os computadores são então meios nos quais se desenvolve o pensamento crítico e reflexivo, na forma concebida por Vigotsky. É possível, portanto considerar os conceitos de mediação da aprendizagem e de zona proximal nestes ambientes (2002, p. 8).

Além disso, o objetivo de introduzir novas tecnologias na educação é de realizar atividades que não poderiam ser realizadas de outra maneira.

A escola, portanto, passa a integralizar um lugar interessante de aprendizagem para o aluno, que centra nas diferenças individuais e na capacitação do aluno para torná-lo um usuário independente da informação, capaz de usar vários tipos de fontes de informação e comunicação (MERCADO, 2002)

Nesta lógica segundo a Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI, no seu relatório para a UNESCO, as TIC são ferramentas valiosas para a educação; “o recurso ao computador e aos sistemas multimídia permite traçar percursos individualizados em que cada aluno pode progredir de acordo com o seu ritmo” (PAULO NETO et al., 2018, p. 6), ainda é necessário ressaltar que:

As possibilidades de aperfeiçoamento do processo de aprendizagem oferecidas pelo computador são muitas, como refere o relatório da UNESCO, desde a possibilidade de visualização através da simulação é possível visualizar processos e procedimentos altamente abstractos. A Internet está a impor-se como um meio cada vez mais importante de aprendizagem e entretenimento. A introdução da Internet e dos meios informático conduziu a uma mudança de métodos de ensino, estando ao dispor do professor um leque de meios que estimulam as aprendizagens, sendo a Internet e os meios informáticos um deles (SILVA, 2006)

Ocorre que aplicar a tecnologia sem direcionar a particularidade pedagógica de cada aluno pode ser ineficiente, ou ainda, acarretar prejuízos para seu aprendizado,

uma vez que seu uso ininterrupto gera ansiedade, distancia o convívio entre indivíduos, e dificulta a afetividade e tolerância.

Afirma-se, portanto, que a tecnologia tem o poder de aproximar e distanciar se utilizadas do modo correto, o pedagogo Paulo Freire destacou que algumas ações são fracassadas ao utilizar o modo acrítico e mecânico. Para ele “o progresso científico e tecnológico que não responde fundamentalmente aos interesses humanos, às necessidades de nossa existência, perdem sua significação” (FREIRE, 1996, p. 147).

É o caso das pessoas com deficiência, que necessitam de um ensino personalizado, visando a sua participação da forma mais adequada possível. Na hipótese de ser utilizada qualquer tipo de recurso tecnológico, visualiza-se que não haverá benefício para o usuário.

Nessa razão, é pertinente destacar potencialidade de uma tecnologia específica para as pessoas com deficiência como as Tecnologias Assistivas (TA), que são recursos e técnicas de apoio para superar alguma limitação. Galvão Filho e Damasceno destacam que:

O acesso aos recursos oferecidos pela sociedade, pela cultura, escola, tecnologias, etc., influenciam determinantemente nos processos de aprendizagem e desenvolvimento da pessoa. Entretanto, as limitações do indivíduo com deficiência tendem a tornar-se uma barreira a estes processos. Desenvolver recursos de acessibilidade, a chamada Tecnologia Assistiva, seria uma maneira concreta de neutralizar as barreiras causadas pela deficiência e inserir esse indivíduo nos ambientes ricos para a aprendizagem e desenvolvimento, proporcionados pela cultura (GALVÃO FILHO et al., 2003)

Isto posto, entende-se que para efetivar o direito à educação para todos, deve-se analisar a particularidade de cada indivíduo, aplicando uma técnica específica para cada cenário. Em relação ao acesso para pessoas com deficiência, torna-se viável utilizar as Tecnologias Assertivas, conforme passa-se a expor no próximo segmento.

2.2.2 Aspecto histórico e conceitos elementares das Tecnologias Assistivas

Conforme visto no capítulo anterior, aplicar a tecnologia sem reconhecer as individualidades de cada sujeito não altera a desigualdade do desenvolvimento de educacional, sobretudo, para pessoas com deficiência.

É necessário realizar uma política de educação inclusiva, nesse sentido, uma das possibilidades envolve a aplicação da Tecnologia Assistiva, que se trata da

utilização de serviços e recursos para promover a funcionalidade de pessoas com deficiência.

Em um sentido mais amplo, envolve a própria metodologia e estratégias de ensino, que devem ser adaptadas para favorecer o desenvolvimento de todos os alunos.

Seu surgimento é recente, uma vez que se desenvolveu no Estados Unidos, em 1988, designada inicialmente como *Assustuve Technology*. Sendo fixada através do *Public Law 100-407*, que foi renovada como o *Assistive Technology Act*.

No Brasil, foi recebida pelo Comitê de Ajudas Técnicas - CAT, instituído pela Portaria Nº 142 de 2006, que através da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, propôs o conceito de:

Tecnologia Assistiva é uma área do conhecimento, de característica interdisciplinar, que engloba produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social. (BRASIL, 2009, p. 9)

Ela engloba diversos produtos e serviços que consistem em recursos para auxílios gerais para a vida diária, como materiais básicos para a independência da pessoa com deficiência.

Ainda, há objetos que auxiliam na Comunicação Alternativa como aparelhos eletrônicos, pranchas e demais materiais com símbolos diversos que garantem a interação tanto de modo básico quanto avançado daqueles que possuem limitações na fala.

Há também os Sistemas de Controle de Ambiente com meios tecnológicos de controle para acessibilidade, segurança e locomoção em todos os espaços, da casa à empresa, da escola ao lazer.

Nesse sentido, também se destaca os Recursos de Acessibilidade, que são inerentes as atividades computacionais, com dispositivos e softwares adaptados para para aumentar a integração e a inclusão digital.

Por fim, existe o auxílio para surdos, pessoas com déficit auditivo, cegos e pessoas com visão subnormal como o próprio termo revela, são métodos e acessórios direcionados às pessoas com deficiência auditiva e visual (BERSCH, 2017).

Nestas categorias, é possível projetá-la em uma escola. Na estrutura pedagógica é importante destacar que:

O acesso à TA na escola permite aos participantes até então destoaantes dos padrões normais e àqueles atingidos por estigmas sociais a possibilidade de assumir um papel mais ativo na própria dinâmica de aprendizagem e no processo conjunto de interações sociais. A TA na educação vai além do mero auxílio ao estudante para realizar as tarefas escolares, abrindo possibilidades para novas perspectivas formativas do processo de desenvolvimento humano, para que o sujeito possa atuar de forma solidária, sensível, construtiva e dialética com o outro e com o mundo alicerçado na metamorfose do aprender (CONTE, 2017, p. 13)

No campo educacional ela, geralmente, é utilizada por discentes “com deficiência e tem por objetivo romper barreiras sensoriais, motoras ou cognitivas que limitam/impedem seu acesso às informações ou limitam/impedem o registro e expressão sobre os conhecimentos adquiridos por ele” (BERSH, portal eletrônico, 2017).

Ainda, são exemplos de TA no contexto educacional “os mouses diferenciados, teclados virtuais com varreduras e acionadores, softwares de comunicação alternativa, leitores de texto, textos ampliados, textos em Braille, textos com símbolos, mobiliário acessível, recursos de mobilidade pessoal etc.” (*op cit.*)

Visto como ocorre sua aplicação no âmbito escolar, passa-se a expor no próximo capítulo quais são os desafios para uma educação igualitária, principalmente em um contexto de inclusão.

2.2.3 Desafios para o desenvolvimento humano em uma relação educacional igualitária

Conforme visto anteriormente, a educação igualitária não deve se restringir apenas ao acesso da educação para a população, ela deve ser, sobretudo, de qualidade e adaptada a cada contexto social.

No Brasil, a situação da educação inclusiva se desenvolveu de maneira precária, uma vez que as pessoas portadoras de deficiência convivem entre si com outras classes regulares sem o apoio pedagógico direcionado a sua necessidade.

Portanto, não sendo o ensino direcionado, acentua-se a segregação e exclusão (LOPES *et al.*, 2008).

É necessário compreender que a inclusão deve ser analisa sob a ótica da individualidade. No contexto da educação, o agente educador deve ser como um

mediador e atuar de múltiplas maneiras a fim de facilitar o processo e estimular o desenvolvimento.

Ocorre, no entanto, inúmeros desafios nas escolas, como questões básicas como a infraestrutura.

investimento e vagas insuficientes, deterioração das escolas, evasão, repetência escolar, altas taxas de analfabetismo etc. Somada a crise educacional, o cenário de crise social e financeira permanente enfrentado pelos países subdesenvolvidos, marcado pela exacerbação da criminalidade, da violência, do desemprego, da precariedade e informalidade do trabalho, do desalento da juventude (SILVA, et al., 2020, p. 963)

O cenário é agravado com o número significativo da população que possui alguma deficiência e não recebe o tratamento adequado. Teófilo Alves Galvão Filho alerta que:

Uma grande parcela dessa população vive realidades de graves carências sociais, como baixa renda e baixo nível de escolarização, o que só potencializa as dificuldades dessas pessoas, em função das barreiras, preconceitos, desigualdades e desinformação, conforme vem sendo detectado e alertado por diferentes organizações de defesa dos direitos da pessoa com deficiência (2009, p.16)

Considerando o frágil cenário que acomete as pessoas com deficiência no âmbito escolar, pontua-se que a aplicação de Tecnologia Assistiva é um mecanismo de solução eficaz, o qual abrange todas as ordens do desempenho humano, desde as tarefas básicas de autocuidado até o desempenho de atividades profissionais.

Desta forma considerando a educação como um elemento fundamental para a vocação humana, e mais, como peça fundamental do sistema de Direitos Humanos, ao evolui-la, sobretudo, para os mais vulneráveis, tem-se aproximação do respeito a esses direitos.

É importante relembrar as lições do doutrinador Norberto Bobbio, que destacou que apesar das contradições que permeiam o cotidiano, a preocupação pelo reconhecimento dos direitos humanos deve ser um sinal positivo na busca da construção de sociedades humanas e democráticas (1992).

Desta forma, é possível afirmar que ao utilizar as Tecnologias Assistivas no processo de aprendizagem, tem-se uma proximidade com a igualdade e cidadania, pontua-se:



Analisando de forma crítica, o uso da TA pode tanto servir para o recrudescimento do poder, das desigualdades e da marginalização social, quanto para o reforço de práticas inclusivas, solidárias, diversificadas e de participação social, considerando a diferença enquanto expressão da vida e singularidade humana. Nessa perspectiva, as tecnologias podem ampliar as possibilidades de autonomia e interação, potencializando a participação ativa como direito fundamental do ser humano (CONTE, 2017, p.3)

No entanto, até mesmo a tecnologia assistiva deve ser especializada para cada caso, ou seja, deve-se adotar alguns critérios em relação aos instrumentos assistivos, o envolvimento e empenho do usuário. Rita Bersch avalia que ocorrem muitos erros em sua aplicação, e para evitá-los a escola deve se preocupar com a participação ativa do aluno.

Por conta disso, a educação deve ser adaptável às transformações sociais, ao adotar as Tecnologias Assistivas no processo de aprendizagem é necessário buscar parcerias de ações conjuntas e solidárias entre o público e o privado, entre o social e o individual, a escola e a família, a sociedade civil e o estado.

Deste modo, haverá proximidade de igualdade de direitos, afinal, o direito à educação está diretamente relacionado com a efetivação da igualdade como instrumento de liberdade, sobretudo, com uma prática pedagógica realmente inclusiva que garante autonomia, bem-estar e desenvolvimento pessoal.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Carta Universal de Direitos Humanos, e da Constituição Federal de 1988, passou-se a dar ênfase aos Direitos Sociais, principalmente ao acesso da educação como um direito subjetivo.

O Brasil dispõe de uma legislação considerada avançada internacionalmente relativa aos direitos da pessoa com deficiência, no entanto, a realidade apresenta um cenário diferente, com atenuantes desigualdades no aspecto educacional.

Ou seja, apesar do Estado ser responsável por proporcionar educação para crianças e adolescentes, sobretudo, condições mínimas para portadores com deficiências, nota-se que as políticas públicas não garantem o desenvolvimento integral de suas potencialidades.

Essa defasagem impacta negativamente no desenvolvimento desses indivíduos.



Nesse sentido, a pesquisa apontou que apenas acolher o cidadão com inclusão não é suficiente, por vezes, contemplar a rede de apoio não contribui efetivamente para o ensino inclusão, é preciso estabelecer soluções variadas.

Dentre um dos planos de ação, a pesquisa elencou a utilização de Tecnologias Assistivas como um dos atores envolvidos na educação inclusiva, ressalta-se que não é qualquer tipo de tecnologia genérica, ou ainda, uma modernização da estrutura educacional.

A Tecnologia Assistiva é um recurso individual que atende cada necessidade, é através dela que é possível dialogar com o contexto da escola com seu entorno social, auxiliando na autonomia da aprendizagem e maior crescimento dos resultados.

A propósito, pauta da efetividade do direito à educação é tão necessária que a Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento inseriu como objetivo assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos, portanto, torna-se necessário a aplicação da tecnologia assistiva para enfim potencializar os valores sociais na educação.

À vista disso, conclui-se, que por meio da Tecnologia Assistiva, especializada para cada deficiência, será possível ampliar o desenvolvimento pedagógico, e consequentemente, garantir uma educação igualitária respeitando a cidadania individual de cada pessoa, as normas constitucionais e os Direitos Humanos.



REFERÊNCIAS

AGENCIABRASIL. **Censo**: matrículas em cursos superiores de EAD superam presenciais. Disponível: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2022-02/censo-matriculas-em-cursos-superiores-de-ead-superam-presenciais>>. Acesso em 17 de ago 2022.

ALICERCE EDUCAÇÃO. **Abandono escolar cresce 197,8% em 2021**: Como o Alicerce pode ajudar? Disponível em: <<https://blog.alicerceedu.com.br/universo-alicerce/nossa-metodologia/abandono-escolar-cresce-1978-em-2021-como-o-alicerce-pode-ajudar/>>. Acesso em 15 ago 2022.

BERSCH, Rita. **INTRODUÇÃO À TECNOLOGIA ASSISTIVA**. ASSISTIVA. TECNOLOGIA E EDUCAÇÃO Porto Alegre, RS. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 345.

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

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.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Comitê de Ajudas Técnicas. Tecnologia Assistiva**. Brasília: CORDE, 2009. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-tecnologia-assistiva.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2022.

CASTRO, J. L. Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gómez. **Los derechos humanos**: significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979. p. 43).

Conte, Elaine, Ourique, Maiane Liana Hatschbach e Basegio, Antonio Carlos. **TECNOLOGIA ASSISTIVA, DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO INCLUSIVA: UMA NOVA SENSIBILIDADE. Educação em Revista** [online]. 2017, v. 33 [Acessado 26 Agosto 2022], e163600. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-4698163600>>. Epub 28 Set 2017. ISSN 1982-6621. <https://doi.org/10.1590/0102-4698163600>.



DIAS, Adelaide Alves. Da educação como direito humano aos direitos humanos como princípio educativo. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**, p. 441-456, 2007.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra (Coleção Leitura), 1996.

GALVÃO FILHO, Teófilo A. e DAMASCENO, Luciana L. **As novas tecnologias e a tecnologia assistiva**: utilizando os recursos de acessibilidade na educação especial. Fortaleza, Anais do III Congresso Ibero-americano de Informática na Educação Especial, MEC, 2002.

Galvão Filho, Teófilo Alves. **Tecnologia assistiva para uma escola inclusiva: apropriação, demanda e perspectivas**. Tese. 2009. Programa de Pós-Graduação em Educação da UFBA

HADDAD, Sérgio. **O direito à educação no Brasil**. Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação. Curitiba: DhESC Brasil, 2004.

LOPES, Joseuda B C.; LOPES, Daiane D.; LEITE, Vania A M.; CHEQUIM, Caroline C F. **Educação inclusiva**. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

MACHADO, Lourdes Marcelino e OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Direito à educação e legislação de ensino. In: WITTMANN, Lauro Carlos e GRACINDO, Regina Vinhaes (org.) **O estado da arte em política e gestão de educação no Brasil – 1991-1997**. Brasília: ANPAE e Campinas: Autores Associados, 2001.

MATTA, A.E.R. Projetos de autoria hipermídia em rede: ambiente mediador para o ensino-aprendizagem de História. In: **REUNIÃO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM EDUCAÇÃO**, 2002. Anais Caxambu: ANPEd, 2002.

MERCADO, Luís Paulo Leopoldo. **Novas Tecnologias na educação**: reflexões sobre a prática. Maceió: EDUFAL, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**: prefácio de Fábio Konder Comparato – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Carlos Fernandes da. A sociedade da informação. A criança com deficiência e as novas tecnologias. Instituto Politécnico de Viseu. **Revista Millenium RE** - Número 32 - Fevereiro de 2006.



SILVA. Denise Dos Santos Vasconcelos; SOUZA, Francisco Cavalcante de. **Direito À Educação Igualitária E(M) Tempos De Pandemia:** desafios, possibilidades e perspectivas no brasil RJLB, Ano 6 (2020), nº 4.

**A MAÇONARIA, LENDAS E MITOS: INJÚRIAS E PRECONCEITOS**

FREEMASONRY, LEGENDS AND MYTHS: INSULTS AND PREJUDICES

Adilson Anacleto¹Isadora de Paula Bandeira Zavadniak²

Resumo: A maçonaria é uma sociedade discreta e filosófica que tem como base a busca pelo aperfeiçoamento moral e intelectual de seus membros. Seus valores são fundamentados na ética, na fraternidade e na busca pelo conhecimento, influenciando na vida profissional dos membros pertencentes a ordem. O sucesso obtido por significativa parte dos membros da maçonaria criou ao longo dos séculos o mito da riqueza, que no imaginário popular é rodeada de lendas com pactos demoníacos e segredos que não podem ser revelados sob a possibilidade de morte. Assim, esse estudo objetivou investigar a percepção dos membros das ordens maçônicas a respeito das implicações relativas às lendas e mitos por pertencerem à ordem, bem como demonstrar se já foram alvo de algum tipo de injúria, difamação, discriminação ou preconceito. Assim, foi realizada pesquisa exploratória descritiva entre dezembro/2022 a março/2023 que envolveu dezenove empreendedores de sucesso que pertencia a alguma ordem maçônica reconhecida no Brasil. O estudo revelou que a ampla maioria dos empreendedores entrevistados (n=95%) já foram alvos de críticas ou comentários por pertencerem à ordem, em especial sobre os mitos relacionados a culto e pactos com forças negativas e demoníacas, a “venda da alma”, e também a forças demoníacas. No entanto, apesar do elevado percentual já ter sido alvo de preconceito, apenas a minoria entre os pertencentes a ordem (n=11%) se sentiram ultrajados e tomaram as medidas adequadas e judiciais sobre a questão. Finalmente, conclui-se que os mitos e imaginários devem ser combatidos com a informação e a educação, dado que é justamente os preceitos da ordem que influenciam os membros no trabalho e como elemento de mudança no modo de pensar e agir sobre o mundo, inspirando o pensamento impulsionador do desenvolvimento capaz de construir, criar e transformar a si como se fosse uma pedra bruta, ao mesmo tempo que gera mudanças naqueles que estão ao seu redor.

Palavras-Chave: Loja Maçônica. Loja Simbólica. Preconceito. Segregação.

Abstract: Freemasonry is a discreet and philosophical society based on the search for the moral and intellectual improvement of its members. Its values are based on ethics, fraternity and the search for knowledge, influencing the professional lives of members belonging to the order. The success achieved by a significant part of Freemasonry members has created over the centuries the myth of wealth, which in the popular imagination is surrounded by legends with demonic pacts and secrets that cannot be revealed under the possibility of death. Thus, this study aimed to investigate the perception of members of Masonic orders regarding the implications relating to legends and myths of belonging to the order, as well as demonstrating whether they

¹ Pós Doutor (Produção Vegetal) pela Universidade Federal do Paraná (2012). Doutor em Ciências (Produção Vegetal) pela Universidade Federal do Paraná (2011). Mestre em Ciências (Produção Vegetal) pela Universidade Federal do Paraná (2005). Bacharel em Administração pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Paranaguá. Coordena o LabCost: Laboratório de Gestão e Estudos Costeiros.

² Advogada e mestre em Sociedade e Desenvolvimento Universidade Estadual do Paraná.



have ever been the target of any type of insult, defamation, discrimination or prejudice. Thus, descriptive exploratory research was carried out between December/2022 and March/2023, involving nineteen successful entrepreneurs who belonged to a Masonic order recognized in Brazil. The study revealed that the vast majority of entrepreneurs interviewed (n=95%) have already been the target of criticism or comments for belonging to the order, especially regarding myths related to cults and pacts with negative and demonic forces, the “sale of the soul”. , and also to demonic forces. However, despite the high percentage having already been the target of prejudice, only a minority of those belonging to the order (n=11%) felt outraged and took appropriate legal action on the issue. Finally, it is concluded that myths and imaginaries must be combatted with information and education, given that it is precisely the precepts of the order that influence members at work and as an element of change in the way of thinking and acting in the world, inspiring thinking that drives development capable of building, creating and transforming oneself as if it were a rough stone, while generating changes in those around you.

Keywords: Symbolic Store. Planning. Segregation.

INTRODUÇÃO

Maçonaria é um termo derivado do francês que significa “pedreiro”, e tem suas raízes ligadas a construção civil, os maçons eram pedreiros que conheciam os segredos da construção civil, assim formavam suas associações permitindo a presença somente de conhecedores da arte. Os membros da associação se identificavam por meio de sinais, toques e palavras secretas, e aqueles que não conheciam os sinais, não poderiam participar das reuniões (SOUZA, 2016).

Segundo Grande Oriente do Brasil (GOB, 2022) a maçonaria é:

Uma instituição essencialmente filosófica, filantrópica, educativa e progressista. Filosófica porque investiga as leis da natureza e relaciona as primeiras bases moral e da ética pura. Filantrópica, pois, não é constituída para obter lucro pessoal, ao contrário, suas arrecadações e recursos destinam-se a atividades filantrópicas de diversas áreas. E progressista, por não colocar obstáculos ao esforço dos homens em busca da verdade, não se aferrando em dogmas e superstições.

Para complementar, Nogueira Filho (1984) faz uma breve conceituação sobre a ordem:

A maçonaria é uma escola de filosofia, de moral, de ética, de bons costumes e os seus filiados, nela aprendem, à medida que evoluem, que à dinâmica da vida, acompanha o progresso das artes, da ciência, formando mentalidades sensíveis e progressistas para a universidade dos conceitos básicos e ecumênicos, eternas e imutáveis, da criação do Grande Arquiteto do Universo (NOGUEIRA FILHO, 1984, p. 31).

O local onde os maçons se reúnem é chamado de templo maçônico, ou oficina como também pode ser chamada, uma loja é uma estrutura organizada por assembleias onde os maçons se reúnem periodicamente para trabalhar de forma ritualística segundo o rito que adotam, sendo que uma das importantes finalidades desse espaço de sociabilidade, é a discussão de ideias ancoradas nos pressupostos da modernidade, contribuindo para a lapidação moral de homens, e por consequência, uma convivência harmônica e fraternal destes entre si, com suas famílias e na sociedade em que vivem (RODRIGUES, 2021; SOUZA, 2021).

O candidato a ingressar na maçonaria, é conhecido como “profano”, ele deve ser convidado por um membro que pertence à ordem, e após um longo processo burocrático e de sindicância para sua entrada, processo é encerrado com a iniciação (CAMPILLO, 2015).

Segundo GOB (2022), ao se iniciar na maçonaria, se obtêm:

A possibilidade de aperfeiçoar-se, de instruir-se, de disciplinar-se, de conviver com pessoas que, por suas palavras, por suas obras, podem constituir-se em exemplos; encontrar afetos fraternais em qualquer lugar em que se esteja dentro ou fora do país. Finalmente, a satisfação de haver contribuído, para a obra grandiosa levada a efeito pelos homens.

Campillo (2015) descreve que a maçonaria tem graus simbólicos, o qual são a formação básica do maçom, eles são divididos em três, sendo, aprendiz (1º grau), companheiro (2º grau) e mestre (3º grau), e após a formação básica, há os graus complementares, ou filosóficos podem chegar até o 33º grau.

Ainda segundo Campillo (2015) a maçonaria é uma organização ritualística, e explica que a cada rito, existem símbolos e peculiaridades próprias daquele rito, e cita alguns exemplos, como o escocês Antigo e Aceito (REAA), Rito Adonhiramita, Rito Brasileiro, Rito Moderno ou francês, Rito York, Rito Schroeder ou alemão, dentre outros. Os ritos são uma organização em que há um conjunto sistemático de cerimônia e ensinamentos, que foram criados com o objetivo e influência de diversos saberes, onde o maçom irá aprender a filosofia maçônica desde a sua entrada na iniciação, assim explica Souza (2006):

O estudo abordado na Ordem passa por áreas diversas, tais como a astronomia, a física, a química, a matemática, e as ultrapassa, enveredando por temas que carecem ainda de comprovação científica. Como, por exemplo, a sugestão na forma de existência de forças invisíveis que influenciariam nas decisões das pessoas. Algo em uma racionalidade maçônica, porque não



considerada sobrenatural, mas uma técnica que estaria nas leis da natureza, desconhecida pela média dos indivíduos. Ora, quaisquer desses temas podem ser encontrados atualmente em profusão em boas livrarias e em editoras ligadas ao tema do esoterismo. (...). Contudo, nunca se sabe como esse 'programa de estudos' com seus 'conteúdos' são exatamente abordados em cada loja (...). (SOUZA, 2006, p.23 – 24).

Apesar da tradição, Souza (2006) relata não haver uma uniformidade de pensamentos e atitudes nos membros da maçonaria, pois, quando um homem se torna maçom, ele vem com uma vasta experiência e objetivo de vida, que serão somados e lapidados com os ensinamentos da ordem.

A maçonaria é uma sociedade discreta e filosófica que tem como base a busca pelo aperfeiçoamento moral e intelectual de seus membros. Seus valores são fundamentados na ética, na fraternidade e na busca pelo conhecimento.

Segundo Silva (2016), a maçonaria é uma instituição que visa promover a evolução do indivíduo através da prática de valores como a honestidade, a tolerância e o respeito ao próximo. Esses princípios são transmitidos por meio de rituais e simbologias que pretendem despertar a consciência e a reflexão dos maçons.

De acordo com Santos (2017), a maçonaria é uma escola de formação moral que tem em vista lapidar o caráter de seus membros. Por meio de ensinamentos e práticas, os maçons são incentivados a desenvolver virtudes como a humildade, a generosidade e a retidão de caráter. Para Oliveira (2018), a maçonaria valoriza a liberdade de pensamento e a busca pelo conhecimento. Os maçons são encorajados a estudar e a se aprofundar em diversas áreas do conhecimento, como filosofia, história e ciências sociais. Essa busca pelo conhecimento é vista como uma forma de enriquecimento pessoal e de contribuição para a sociedade.

Segundo Souza (2019), a maçonaria também valoriza a fraternidade e a solidariedade entre seus membros. Os maçons são incentivados a estabelecer laços de amizade e a ajudar mutuamente em momentos de dificuldade. Essa união fraterna é vista como uma forma de fortalecer a sociedade na totalidade. Para Pereira (2020), a maçonaria também visa promover a transformação interior de seus membros. Mediante rituais e práticas, os maçons são convidados a refletir sobre seus próprios defeitos e a buscar a superação de suas limitações. Essa busca pela lapidação interior é vista como um caminho para o crescimento pessoal e para a construção de uma sociedade mais justa e harmoniosa.



A maçonaria apresenta as iniciativas filantrópica, filosófica, progressiva, evolucionista e esteve presente em diversos movimentos históricos, e além dessas influências, também teve uma relação estreita com o movimento econômico que perdura desde a sua fundação até os dias atuais, segundo Adams (2019), muitos maçons são comerciantes, empreendedores e profissionais liberais, que se reúnem nas lojas para discutir questões econômicas e comerciais. Essa interação entre os membros da historicamente contribuiu para o fortalecimento das relações comerciais e para o desenvolvimento econômico.

O empreendedor maçom é um tema ainda pouco explorado na literatura, segundo Santos et al. (2019), o empreendedor maçom é aquele que, além de possuir as características empreendedoras comuns, também é membro de uma organização maçônica, que tem como princípios a fraternidade, a igualdade e a busca pelo aprimoramento pessoal e social.

Para Marques et al. (2018), a maçonaria valoriza a união e a cooperação entre seus membros, o que pode ser vantajoso para o desenvolvimento de projetos empreendedores conjuntos. Além disso, segundo Oliveira et al. (2015) o empreendedor maçom possui uma visão de longo prazo e uma mentalidade ética e responsável, o que pode influenciar positivamente a conduta do empreendedor maçom em seu negócio. Outra característica importante associada a ordem é a busca constante pelo conhecimento e aprimoramento pessoal. De acordo com Silva et al. (2018), e o desenvolvimento intelectual de seus membros, também pode contribuir para o crescimento e sucesso do empreendedor maçom em seus empreendimentos. Além disso, o empreendedor maçom possui uma visão humanitária e solidária, buscando sempre contribuir para o bem-estar da sociedade, o que também reflete na forma de condução de seus empreendimentos.

A forma de estruturação da ordem, a busca por desenvolvimento pessoal e processo de seleção na maçonaria promove que os pertencentes a ordem seja em sua maioria bem-sucedidos, e ganhem posição de destaque em suas comunidades, conforme também relatado por Ismail (2014) de que a formação maçônica tem como relevante o desenvolvimento das características de liderança, e organização que facilita a gestão de suas carreias profissionais.

O sucesso obtido por significativa parte dos membros da maçonaria despertou ao longo dos séculos o mito da riqueza, em parte segundo Ismail (2014) devido ordem se intitular como uma instituição discreta, no entanto, no imaginário popular a

maçonaria e descrita como uma ordem secreta e rodeada de segredos que não podem ser revelados sob a possibilidade de morte.

Segundo Zavadniak (2024) os ritos de funcionamento da sessão em loja, ampliam e dão mais poder a esse imaginário, devido que somente os iniciados na ordem possuem o conhecimento sobre muitos desses mistérios, e os mitos são ainda mais exacerbados devido à forma que este conhecimento é transmitido pelos rituais da iniciação considerado antigo e por isso mais instigante. O que é oculto aflige e muitas vezes gera reações inusitadas na vã tentativa de desmistificar o que não se conhece, assim segundo a autora o imaginário popular associa a ordem maçônica a cultos malévolos, e pactos demoníacos e da realização de sacrifícios em prol da riqueza ou em troca de poder, Shibao et al. (2023) descreve que a incompreensão daquilo que é real pode resultar na exposição pública também conhecido como fake news denegrindo ou difamando os membros da ordem maçônica, gerando casos de injúrias e preconceito.

Assim, diante do apresentado, esse estudo objetivou investigar a percepção dos membros das ordens maçônicas a respeito das implicações relativas às lendas e mitos por pertencerem à ordem, bem como demonstrar a percepção se já foram alvo de algum tipo de injúrias, difamação, discriminação e preconceito.

1.1 Procedimentos Metodológicos

Inicialmente realizou-se pesquisa bibliográfica que de acordo com Gil (2008) é produzida com base em livros e artigos de periódicos, sendo que o estudo foi caracterizado como pesquisa exploratória descritiva de natureza quali quantitativa.

A coleta de dados similarmente ao proposto por Zavadniak (2024) foi utilizado questionários semiestruturado, com roteiros pré-elaborado, sendo o critério para participar da pesquisa era o empreendedor residir e possuir empresa na cidade de Campo Mourão, ser membro de loja maçônica regular e reconhecidas no Brasil, e possui empresa classificada como médio empreendedor, pequeno empreendedor, microempreendedor, microempreendedor individual — MEI.

A coleta de dados teve o seguinte procedimento adotado:

Foi realizada uma visita nas lojas maçônicas da cidade de Campo Mourão, onde, foi apresentado o objetivo da pesquisa para os membros da ordem, e solicitado uma lista dos membros maçons da loja que também são empreendedores.

Por acessibilidade e receptividade foram entrevistados 19 empreendedores, e a classificação dos empreendedores ocorreu de acordo com seu porte, conforme estabelecido pelo SEBRAE, médio empreendedor, pequeno empreendedor, microempreendedor, microempreendedor individual - MEI, sendo necessário pertencer a alguma das quatro classificações para participar do estudo.

Os empreendedores maçons de cinco diferentes lojas maçônicas de Campo Mourão-PR que participaram deste estudo pertenciam às potências Grande Oriente do Brasil — GOB, Grande Loja do Paraná – GLP.

Inicialmente, foi feito um contato prévio com os entrevistados, informando os motivos da pesquisa, e o entrevistado definia o dia e horário que melhor lhe convinha e a equipe de pesquisa se deslocava até o local e assim finalmente era realizada a entrevista, caso ele optasse pela forma online, ele passava o dia e hora para receber uma ligação e realizar a entrevista. A entrevista somente era realizada somente após o consentimento da parte do entrevistado sobre o Termo de Assentimento Livre e Esclarecido (TALE), respeitando assim a resolução n.º 466, de 12 de dezembro de 2012 do Conselho Nacional de Saúde, que aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo humanos.

Após a coleta de dados, similarmente ao proposto por Anacleto et al. (2020) e Anacleto e Scheuer (2023) foi adotada a análise qualitativa, com o foco de classificar elementos que pudessem ser percebidos como similares no grupo investigado.

2. DESENVOLVIMENTO

A maçonaria é uma ordem que desperta muita curiosidade e fascinação, em especial devido às lendas e mitos que fazem a ela referencia, o presente estudo revelou que a ampla maioria dos empreendedores entrevistados que eram maçons (n=95%) já foram alvos de críticas ou comentários por pertencerem à ordem, em especial sobre os mitos relacionados a culto e pactos com forças negativas e demoníacas, e a “venda da alma”. No entanto, apesar do elevado percentual já ter sido alvo de preconceito, apenas a minoria entre os pertencentes a ordem (n=11%) que sofreram algum tipo de preconceito em seu estabelecimento por ser maçom se sentiram ultrajados e tomaram as medidas adequadas e judiciais sobre a questão.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 é um marco importante na luta contra os crimes contra honra, como a injúrias e o preconceito, por garantir a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Além disso, a Lei n.º

7.716/1989, conhecida como Lei do Racismo, tipifica como crime a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Em relação à injúria, o Código Penal Brasileiro prevê em seu artigo 140 que a pena para quem ofender a honra de alguém é de detenção de um a seis meses ou multa. Já o crime de preconceito está previsto no artigo 20 da Lei n.º 7.716/1989 e Lei n.º 9.459/97, e pode resultar em reclusão de um a três anos e multa.

O capítulo V, do Código Penal brasileiro, dispõe dos crimes contra a honra, sendo eles a calúnia, difamação e injúria. A honra, segundo Magalhães Noronha (2003), conceitua-se como o complexo ou conjunto de predicados, ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria, portanto é subjetiva, por ser o conceito que a pessoa pensa de si própria, sendo consumada somente quando a pretensa vítima toma conhecimento do fato delituoso.

Diferente do crime de difamação e calúnia, no qual é conceito que a coletividade possui sobre determinada pessoa, portanto são classificados como honra objetiva, e a consumação se dá quando terceiros tomam conhecimento da prática delituosa, sendo a primeira quando é imputado fato ofensivo à sua reputação e a segunda imputando falsamente fato definido como crime. Embora não há lei específica que decorra sobre a honra, ela é um direito fundamental conforme artigo 5º, inciso X da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Souza (2019) reforça que a injúria é um crime que atinge diretamente a honra subjetiva, ou seja, a percepção que a pessoa tem de si mesma. Gomes (2014), destaca que a injúria é um crime que causa danos à imagem da pessoa, e quando trazemos essa temática direcionada à maçonaria, ela atinge não apenas os membros da ordem, mas também toda a instituição e seus valores. Gomes (2014) ressalta que a injúria pode ser praticada por meio de qualquer meio de comunicação, inclusive pela internet, o que amplia ainda mais o alcance dessas ofensas, assim como o crime de preconceito.

O preconceito, por sua vez, é definido como uma atitude discriminatória baseada em características pessoais, como raça, gênero, orientação sexual, religião, entre outros. No Brasil, o preconceito é considerado crime, embora não esteja expresso no Código Penal, é um ato muito comentado, sendo possível encontrá-lo no preâmbulo da Constituição Federal:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

No artigo 3º da mesma:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E na Lei 7.716/89 que definia os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, que com a chegada da Lei n.º 9.459/97 passou a ser de crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Souza (2019) argumenta que o preconceito é uma construção social e histórica, que tem como base a desigualdade estrutural presente na sociedade brasileira. Para ele, é necessário um processo de conscientização e educação para combater esses comportamentos.

Para Barroso (2020) o combate às injúrias e preconceitos deve ser feito por meio de uma atuação conjunta do Estado, da sociedade civil e da educação. Ele ressalta a importância de se promover a igualdade e a diversidade em todas as esferas da sociedade. Taís (2021) enfatiza a necessidade de se desconstruir os estereótipos e preconceitos presentes na sociedade. Para ela, é fundamental promover o diálogo e a empatia entre os diferentes grupos para se alcançar uma sociedade mais justa e igualitária.

Para Alport (1954) o preconceito consiste em uma atitude hostil a um indivíduo, pelo fato deste pertencer a determinado grupo, já para Taguieff (1987) preconceito de qualquer coisa ou preconceito de alguma coisa significa fazer um julgamento prematuro, inadequado sobre a coisa em questão. Segundo Nalini (2017), o preconceito é um comportamento que se baseia em estereótipos e generalizações, e quando direcionamos isso à maçonaria, é uma forma de discriminação que atinge não

apenas os membros da ordem, mas também a liberdade de associação e de crença garantida pela Constituição.

A injúria e o preconceito são temas que têm sido amplamente discutidos na sociedade atual, especialmente no âmbito jurídico. Ressaltando que, a injúria, consiste em ofender a honra de alguém, seja por meio de palavras, gestos ou escritos, que atinjam sua dignidade ou decoro, enquanto o preconceito, é definido como uma ideia preconcebida, uma opinião formada sem conhecimento ou reflexão, que leva a discriminação e ao tratamento desigual de determinado indivíduo ou grupo. Nucci (2016), afirma que a liberdade de expressão não é absoluta e não pode ser utilizada como escudo para a prática de crimes contra a honra e a dignidade humana. Portanto, é necessário haver uma conscientização sobre os limites da liberdade de expressão e a importância de respeitar as diferenças e a diversidade.

Dias (2013), descreve que a discriminação e o preconceito são formas de violência e devem ser combatidos por meio de políticas públicas efetivas e uma mudança cultural da sociedade. A legislação brasileira já prevê medidas para coibir essas práticas, mas é preciso um esforço conjunto para que elas sejam efetivamente aplicadas e para que a sociedade se torne mais inclusiva e livre de discriminações.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desconhecido sempre permeia o imaginário das pessoas, o que é oculto aflige e muitas vezes gera reações inusitadas na vã tentativa de desmistificar o que não se conhece. A maçonaria ao longo dos tempos instiga mistérios e eles se desenvolvem com a própria definição de mistério, devido que apenas os iniciados na ordem possuem o conhecimento sobre tais mistérios, e os mitos são ainda mais exacerbados devido à forma que este conhecimento é transmitido pelos rituais da iniciação.

Os rituais são presentes em várias religiões, organizações e na maçonaria não é diferente, mas o imaginário popular associa a ordem a cultos malévolos, e pactos demoníacos e da realização de sacrifícios em prol da riqueza ou em troca de poder, conforme aferido nesse estudo e relatado pelos próprios membros, quanto ao preconceito sofrido.

Os riscos de vulnerabilidade da exposição pública com a circulação de narrativas falsas, também conhecido como "fake news" pode evidentemente confundir públicos, difamando uma organização como é o caso a ordem maçônica. Conclui-se,



que os mitos e imaginários devem ser combatidos com a informação e a educação, dado que é justamente o trabalho como elemento de mudança do modo de pensar e agir sobre o mundo, que inspira maçons em todo o planeta a se tornar um ser humano senhor de seus atos e capaz de suprir suas necessidades a partir de suas ações e atividades laborais, inspirando o pensamento impulsionador do desenvolvimento capaz de construir, criar e transformar a si comum se fosse uma pedra bruta, ao mesmo tempo que gera mudanças naqueles que estão ao seu redor.



REFERÊNCIAS

ANACLETO, A.; BORNANCIN, A. P. D. A.; MENDES, S. H. C.; SCHEUER, L. Between flowers and fears: the new coronavirus pandemic (COVID-19) and the flower retail trade. **Ornamental Horticulture**, v. 27, p. 26-32, 2020.

ANACLETO, A.; SCHEUER, L. Between flowers and loves: the profile and behavior of the consumer with the purpose of seduction. **Ornamental Horticulture**, v. 29, p. 480-488, 2023.

ALLPORT, G. The nature of prejudice. Cambridge: Addison-Wesley, 1954

BARROSO, L. R. A dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 17-35, 2007.

DIAS, M. B. A igualdade de gênero e o combate à violência contra a mulher. **Revista de Direito da Cidade**, v. 5, n. 1, p. 45-56, 2013.

GOMES, L. F. **Crimes contra a honra: calúnia, difamação e injúria**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ISMAIL, K. **O líder maçom: como a Maçonaria tem formado líderes nos últimos anos e colaborado para a felicidade da humanidade**. 1. ed. Londrina: A Trolha, 2014. 144p.

NALINI, J. R. **Preconceito e discriminação**. São Paulo: Saraiva, 2015. SEMER, Marcelo. Crimes de ódio: preconceito e discriminação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUCCI, G. **Crimes contra a honra**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo, Saraiva, 2003.

SOUZA, D. A fraternidade na maçonaria. **Revista Maçônica**, v. 12, n. 4, p. 112-125, 2019.

TAÍS, D. **Pequeno manual antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

SHIBAO, F. Y.; CARVALHO, N. A.; DE GOIS, F. D. A. O repassar dos ensinamentos na maçonaria. **Revista Ciência & Maçonaria**, v. 10, n. 1, 2024.

TAGUIEFF, P. A. **La force du préjugé: essai sur le racisme et ses doubles**. Paris: ditions La DÉcouverte, 1987



ZAVADNIAK, I. P. B. **Entre mitos e imaginários: o culto ao empreendedorismo e trabalho na maçonaria.** Dissertação, 51p, 2024.



DANO MORAL PRESUMIDO OU NÃO E SUA QUANTIFICAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

MORAL DAMAGE, PRESUMED OR NOT, AND ITS QUANTIFICATION IN CONSUMER LAW

Viviane Lazzeres Novatzki¹

Leonardo Rabelo de Matos Silva²

Resumo: O presente texto tem por objetivo promover a reflexão a respeito das dificuldades enfrentadas pelos operadores do direito no momento da fixação do valor dos danos morais, em especial na modalidade presumida. Principalmente advogados e magistrados enfrentam severas adversidades quando da quantificação do montante financeiro adequado com fito de reparação da ofensa moral. A adoção de critérios que atendam os devidos fins sociais e a individualização necessária a esta espécie de dano atualmente é o grande desafio a ser vencido.

Palavras-Chave: Dano Moral – Dano Moral Presumido - Quantificação – Requisitos.

Abstract: The purpose of this text is to promote reflection on the difficulties faced by legal operators when setting the value of moral damages, especially in the presumed modality. Lawyers and magistrates in particular face severe adversity when quantifying the appropriate financial amount for the purpose of reparation for moral offense. The adoption of criteria that meet the due social purposes and the individualization necessary for this type of damage is currently the great challenge to be overcome.

Keywords: Moral Damage – Presumed Moral Damage – Quantification – Requirements.

INTRODUÇÃO

Os advogados, durante exercício profissional, por imposição legal da necessidade de fixação do valor da causa, inclusive nas ações indenizatórias morais - (art. 292, V, CPC), acabam por encontrar os desafios acima expostos. Dessa maneira, no momento de distribuição de uma demanda não basta a mera indicação da necessidade indenizatória e requerer valor o mais alto possível ou indicar um

¹ Advogada, professora, Doutoranda pela Universidade Curitiba em Direito Empresarial e Cidadania, Mestre em Cultura Jurídica: Segurança, Justiça e Direito com dupla certificação pela Universidade de Girona da Espanha e Universidade de Génova Itália; pós-graduada em Estado Democrático de Direito pela FEMPPAR e em Direito e Processo Tributário Empresarial pela PUC/PR; e-mail: viviane.novatzki@gmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2355061236548637>>. ORCID: 009-002-5503-4833.

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com Mestrado em Direito e Economia pela UNIG/RJ e Doutorado em Direito Econômico pela Universidade Gama Filho/RJ. Advogado inscrito na OAB/RJ sob o n.117.239. É Coordenador e professor permanente do Mestrado Profissional em Direito e Desenvolvimento Sustentável da Unifacvest/SC. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/8582608061864446>>

meramente para alçada. Afinal, a determinação do valor pela parte deve revelar a necessidade reparatória do autor e a verdadeira extensão do dano.

Na sequência, quanto aos obstáculos encontrados pelos magistrados na fixação do montante indenizatório pode-se citar a própria natureza da lesão, pois esta é subjetiva e carece de critérios objetivos. Afinal, os elementos objetivos de uma lesão são importantes parâmetros que auxiliam a quantificação indenizatória na sua reparação. Logo, quando a lesão é subjetiva inexistente parâmetro claro para orientar a fixação indenizatória.

Neste momento é importante frisar que as dificuldades não são somente dos profissionais citados, afinal tais problemas são recorrentes a todos os profissionais que trabalham diariamente com a dimensão da ofensa moral, incluindo-se empresas, consumidores e entre outros.

Na relação consumeirista esse tema possui especial importância, pois os valores indenizatórios podem funcionar como verdadeiro elemento regulatório da própria qualidade dos serviços prestados à população enquanto massa consumidora. Portanto, verifica-se a evidente necessidade de reflexão sobre este tema. A respeito dessa discussão segue os seguintes apontamentos.

2. CONCEITO DANO MORAL E SEU ÔNUS PROBATÓRIO

Inicialmente, é importante conhecer alguns conceitos necessários para o entendimento da real importância e aplicação dos preceitos necessários para analisar essas questões. Dessa maneira, faz-se preponderante a conceituação sintetizada dos elementos caracterizadores do dano moral e seu ônus probatório.

O dano moral é uma lesão subjetiva, ou seja, violação de interesses não patrimoniais, entretanto não afasta a possibilidade de possuir consequências patrimoniais. Tal entendimento é corroborado por Glaci de Oliveira Pinto Vargas em seu livro “Reparação do dano moral”:

“Observa-se que a definição dada pelos vários autores sobre dano moral, como salienta SEVERO (1993, p.51) contém dois elementos: um negativo, no qual aparece a contraposição com o dano patrimonial, e outro substantivo, que consigna a representação da dor (...) há uma tendência contemporânea à libertação dos conceitos fechados ou a submissão do caso concreto à justiça sob limites conceituais rígidos e, deste modo, mecanismos vêm sendo vislumbrados para alcançar a realidade concreta – conceitos indeterminados e cláusulas gerais.
(...) O dano moral, muitas vezes, acarreta também um prejuízo patrimonial; porém, isso não significa que não haja dano apenas moral – roubo da

fotografia de um ente querido – exemplo usado por ROCHA (1993, p. 100), sem repercussão ou com secundária repercussão no patrimônio do ofendido.”. (VAGAS, GLACI DE OLIVEIRA PINTO. Reparação do dano moral: controvérsias e perspectivas. 4. ed.- Porto Alegre: Síntese, 2001.)

Ainda a respeito da conceituação da natureza do dano moral Arnaldo Rizzardo expõe o seguinte:

“Em suma, o dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a reputação etc. É puro dano moral, sem qualquer repercussão no patrimônio, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.”. (Grifo Nosso) (RIZZARDO, ARNALDO. Responsabilidade Civil. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 233).

Diante dessas conceituações, nota-se que o dano moral é lesão subjetiva, ou seja, atinge valores morais e individuais de cada pessoal. A ofensa moral não necessariamente possui reflexo patrimonial, já o no dano material é possível claramente apontar a extensão da lesão acarretada tendo em vista possuir abrangência objetiva (expressa pelo prejuízo ocorrido). Logo, quando há lesão material pode-se dizer que é plenamente possível o retorno ao status quo ante tendo em vista que basta a reparação da lesão patrimonial ocasionada. Por isso, que magistrados, conforme determina o ônus probatório contido no Código de Processo Civil, exigem provas materiais dos danos gerados, podendo ser: orçamentos, notas fiscais, valores extraídos de lojas on-line e, no caso, dos carros a tabela Fipe.

No dano moral, ao contrário do dano material, somente é possível a compensação e não a reparação, ou restauração pelo dano sofrido. Afinal, quando há danos que não são expressos materialmente não é possível ocorrer a reparação/restauração da situação inicial. A mensuração desses danos é de difícil identificação porque não são mensurais via orçamento ou outros documentos.

Na sequência, verifica-se a existência dos seguintes elementos para que se configure a ofensa a moral, quais sejam: a existência de um fato gerador de lesão subjetiva e ser ele ocasionador de uma dor ou sofrimento capaz gerar direito indenizatório. Dessa maneira, estabelecendo-se os elementos dessa espécie de dano há de fixar que estes são os itens probatórios mínimos em uma ação que pretende a reparação moral.

Em síntese, quando se ingressa com uma ação indenizatória moral a parte autora possui o ônus probatório mínimo a demonstração dos elementos existências do dano moral; quais sejam: fato gerador de lesão subjetiva capaz de ocasionar dor/sofrimento indenizáveis. O magistrado, da mesma forma, quando irá proferir uma decisão versando sobre a lesão moral deve verificar a demonstração da existência dos elementos supracitados.

Outrossim, quando se trata de dano presumido (dano *in re ipsa*) um destes elementos é dispensado, pois é presumido como a própria denominação sugere. No dano *in re ipsa* basta a demonstração do fator gerador de lesão subjetiva, porque a dor/sofrimento indenizável é presumida. Dessa forma, nas situações em que há dano *in re ipsa* basta a prova da situação fática, pois o sofrimento e a dor são presumidos.

A partir das reflexões acima entendeu-se sinteticamente os conceitos de dano moral e sua forma presumida. Ademais, ainda se evidenciou os elementos probatórios do dano moral, inclusive de maneira *in re ipsa*. Assim, seguindo a proposta deste artigo passa-se às reflexões a respeito da quantificação do dano moral, inclusive na sua forma presumida.

3. QUANTIFICAÇÃO DANO MORAL

Os operadores do direito, em especial os magistrados, após a verificação da existência dos elementos do dano moral, sendo ele presumido ou não, necessitam fixar o valor indenizatório. No entanto, a reparação moral, ao contrário dos danos materiais, por se tratar de lesão subjetiva não possui critérios objetivos para sua quantificação da indenização, como anteriormente já destacado.

Nos danos materiais busca-se o retorno ao estado anterior à lesão provocada, assim, por se tratar de lesão material, para atingir esse objetivo basta a indenização do prejuízo sofrido. Já quanto aos danos morais por ser uma ofensa à dignidade da pessoa, traduzida na reputação da vítima ou dano psicológico, não há obrigatoriamente prejuízo material. Dessa maneira, evidente a impossibilidade de usar o montante do prejuízo para quantificação indenizatória. Não obstante, ainda seja necessário um critério quantificador para valoração indenizatória, pois a lei e a constituição fixam o dever de fundamentação e justificação de toda decisão judicial.

“Não existe um minus patrimonial, mas a sensação desagradável, dolorida, amarga, frustrante, o sentimento de falta ou ausência, a perda da credibilidade, o abalo da disposição, e outros estados anímicos, que se procura não afastar, nem substituir, e sim colocar ao lado deles, em benefício de quem vive essa experiência ou sensação, para que se desfaça a situação criada ou se encontre uma outra motivação em sua vida, e, assim, retome a normalidade dentro do possível.

(...)

Em suma, não oferece o Código uma linha indicativa do montante da compensação pelo padecimento da moral. Não se conhece antecipadamente o valor objeto do pagamento, o que equivale a afirmar que não se têm noção exata das consequências da prática dos autos atentatórios à ofensa moral.” p. 254-255.

A falta de fixação legislativa de um parâmetro estabelecido da valoração do dano moral torna esse assunto complexo e com muitas linhas de pensamento e valorações diversas. Todavia, há uma enorme necessidade de elencar elementos e critérios com o fito de realizar a correta valoração indenizatória dos danos morais. Neste momento, deve-se destacar que, inclusive no dano moral presumido, aquele em que é desnecessário apenas prova de existência de sofrimento psicológico, é imprescindível a existência de critérios para fixação do montante ressarcitório.

Novamente, a legislação pátria não possui qualquer previsão a respeito da quantificação ou elemento para fixar o valor indenizatório moral. Logo, cabe à doutrina e a jurisprudência dos tribunais fixar os elementos balizadores e quantificadores.

Ante essa necessidade elencou-se um critério bifásico de análise para a mensuração do dano. O critério bifásico consiste na exigência de o valor realmente indenizar ou amenizar os prejuízos sofridos, bem como sirva de punição para quem cometeu violação, e, assim, não volte a cometer as mesmas atitudes.

A respeito da necessidade de obediência do critério bifásico: indenização e punição seguem posicionamento doutrinário.

“Revela duplo caráter a indenização, inclusive ressarcitório, na lição de Caio Mário da Silva Pereira: a) o punitivo, no sentido de que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; b) o ressarcitório junto à vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contra partida do mal sofrido.

(...)

Entretanto, não se admitem exageros, e banalizar o instituto da indenização por dano moral, vindo em qualquer contratempo ou incômodo razão para a concessão.”. (RIZZARDO, ARNALDO. Responsabilidade Civil. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 237-236).

A análise bifásica posta pela doutrina, utilizada pelas decisões judiciais, estabelece a necessidade de cumprimento de um duplo de caráter, quais seja:

punitivo e ressarcitório como já citado anteriormente. A partir desse critério analítico vê-se que o valor indenizatório não pode ser tão elevado a ponto de inviabilizar qualquer atividade comercial ou empresarial na mesma medida que não pode ser tão irrisória a ponto de banalizar a violação do direito e estimular práticas costumeiras que desrespeitem direitos dos cidadãos e consumidores.

O critério bifásico é amplamente utilizado pelos aplicadores do direito o Superior Tribunal de Justiça possui decisões com o emprego desse critério quando fixação de valor indenizatório moral, conforme segue decisão recente:

CIVIL. CONSUMIDOR. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO MANIFESTADA NA VIGÊNCIA DO NCPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

TELEFONIA FIXA E ACESSO À INTERNET. VENDA CASADA. RECONHECIMENTO, COM BASE NOS FATOS DA CAUSA. REFORMA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DANO MORAL. VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE, QUANDO SE TRATAR DE QUANTIA EXORBITANTE, COMO NO CASO DOS AUTOS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos no Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. O Tribunal de origem, após sopesar o esforço fático-probatório dos autos, manteve a sentença que reconheceu que a GVT efetuava venda casada de serviços de telecomunicações, o que acarretou dano moral à coletividade de consumidores. Rever tal entendimento encontra óbice no enunciado da Súmula nº 7 do STJ. 3. Esta Corte entende ser possível a revisão do valor indenizatório estabelecido pelas instâncias ordinárias, nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que se evidencia no presente caso, em que o valor indenizatório pelos danos morais coletivos fora fixado em R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais).

4. Em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem descuidar do reconhecimento da extensão do ato lesivo, que repercute numa vasta gama de consumidores/usuários dos serviços de telefonia, tenho como suficiente e apta para cumprir o duplice caráter inibitório/reparatório a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

4. Agravo interno parcialmente provido. (AgInt no AREsp 900.932/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2019, DJe 27/02/2019) (Grifo Nosso).

Acrescenta-se que também é imprescindível auferir a razoabilidade e proporcionalidade do montante indenizatório ao caso concreto, tais observações ainda necessitam serem verificadas conjuntamente com o parâmetro bifásico anteriormente descrito (função ressarcitória e punitiva).

Neste momento, é adequado pontuar que a sistemática aplicada pela doutrina e jurisprudência quando da fixação do valor indenizatório devem ser aplicados à todas as espécies de danos morais. Destacando-se os danos *in re ipsa* que apesar de possuir a existência presumida quando da sua quantificação necessitam obedecer aos critérios adotados costumeiramente nas decisões. Logo, todas as ponderações realizadas a respeito da valoração indenizatória também se aplicam quando se trata de dano moral presumido.

Dessa forma, é indiscutível a aplicabilidade do critério bifásico na quantificação do valor indenizatório moral, inclusive quando este é presumido. Assim, o dano moral *in re ipsa* deve obedecer às funções ressarcitória e punitiva; não deixando de observar a razoabilidade e proporcionalidade.

A avaliação individualizada constitui importante elemento quantificador a fim de possibilitar a obediência a razoabilidade e proporcionalidade, especialmente para o dano moral presumido, assim fugindo da análise meramente objetiva e automática ou até mesmo de fixação de valores de forma tabelada. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido de forma semelhante:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE POTE DE IOGURTE COM CORPO ESTRANHO (INSETO) EM SEU INTERIOR. INGESTÃO PARCIAL. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARREAR RISCOS AO CONSUMIDOR. NEXO DE CAUSALIDADE. INVESTIGAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. Ação ajuizada em 14/09/2016. Recurso especial interposto em 30/01/2019 e concluso ao Gabinete em 29/07/2019.

2. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Precedentes.

3. O valor da indenização por dano moral está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, razoabilidade e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Na hipótese dos autos, o valor fixado a título de danos morais não ultrapassa os limites do razoável, impondo-se sua redução.

4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.

5. Na hipótese dos autos, a simples comercialização de produto contendo corpo estranho possui as mesmas consequências negativas à saúde e à integridade física do consumidor que sua ingestão propriamente dita. Além

disso, pode-se verificar a ocorrência de ingestão parcial do produto, possivelmente ocasionando uma contaminação alimentar à criança.

6. Não se faz necessária, portanto, a investigação do nexo causal entre a ingestão e a ocorrência de contaminação alimentar para caracterizar o dano ao consumidor.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1828026/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 12/09/2019)

A individualização na análise indenizatória não somente é relevante em face da razoabilidade e da proporcionalidade, pois é através dela que cada caso ganha o seu tratamento singularizado e apropriado às características próprias. Dessa maneira, diante da necessidade de se atender também as peculiaridades de cada caso se faz imperiosa acrescentar no momento da quantificação critérios especiais presentes no caso concreto e capazes de alterar o montante indenizatório.

Arnaldo Rizzardo citando Carlos Roberto Gonçalves cita algumas situações passíveis de se tornarem critérios diferenciadores de valor indenizatório:

“Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter antissocial da conduta lesiva.” p. 257.

Não somente a doutrina defende essa tese, os tribunais pátrios a tem a utilizado como critério quantificador, inclusive quando se trata de dano moral presumido.

A título de exemplo pode-se citar alguns de enunciados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que primeiramente reconhece a existência de dano moral presumido quando há inscrição indevida. No enunciado seguinte, o tribunal ainda cita alguns parâmetros para fixação indenizatória, qual seja, neste caso, o tempo de permanência no cadastro.

Enunciados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

14.4.2.1 – A inserção ou manutenção ilegítima do nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito gera dano moral.

14.4.2.2 – Deve ser considerado como um dos parâmetros para fixação de indenização por dano moral, em caso de negativação do nome do consumidor junto a cadastro de inadimplentes, o tempo de permanência neste cadastro.

A utilização de critérios balizadores para o valor indenizatório é importante para qualquer espécie de dano moral, no entanto, quando se trata de dano moral presumido

tais elementos possuem especial importância. Afinal, são as situações especiais que possibilita individualizar cada caso, mesmo considerando a existência de dano moral presumido.

Ademais, é importante repisar que a análise do valor indenizatório pelo critério bifásico por diversas vezes acaba sendo insuficiente e inadequada diante das situações fáticas particulares enfrentadas pelos operadores do direito em sua utilização cotidiana. Em especial, quando se trata de danos realizados de forma repetitiva, configurando verdadeira prática mercadológica de violação dos direitos.

A inobservância do caráter punitivo-pedagógico, desconsiderando aspectos singulares dos danos e as consequências mercadológicas, pode gerar danos a significativo número de pessoas, podendo, inclusive, ocasionar danos coletivos. Logo, principalmente os magistrados quando da fixação de danos morais, além de não inviabilizarem a prática de atividades comerciais, não devem estimular por meio de seus entendimentos à prática rotineira de atividades originadas no abuso de um direito do consumidor. Neste momento, vale destacar que o judiciário por meio de sua estrutura e funcionamento deve objetivar satisfazer o máximo possível ao interesse social, portanto deve equilibrar os interesses comerciais, principalmente das grandes corporações, com a efetiva proteção dos direitos dos consumidores.

Contudo, atualmente o judiciário brasileiro não vem obtendo sucesso em desestimular a consolidação de práticas comerciais abusivas, principalmente das grandes corporações, conforme pode-se auferir dos dados expostos no texto a seguir.

Pesquisa realizada pela Fundação Getulio Vargas (FGV, 2016) no segundo semestre de 2015 indica que 20% dos consumidores receberam alguma cobrança indevida por parte de operadoras de telefonia no período.

Levando em consideração que existem 301,2 milhões de linhas telefônicas no país (43,4 milhões de linhas fixas e 257,8 milhões de linhas móveis), sem considerar os serviços de distribuição de canais de televisão e internet, é certo que pelo menos 60,2 milhões de cidadãos suportaram algum tipo de cobrança ilegal. Não é difícil imaginar o lucro exorbitante percebido mensalmente.

A mesma pesquisa expõe que 11% dos clientes de instituições financeiras receberam alguma cobrança indevida no período pesquisado. Os dez maiores conglomerados bancários têm, juntos, 280,6 milhões de contas ativas (Bacen, 2015). Ou seja, de acordo com a pesquisa, 30,9 milhões de correntistas foram vítimas de desconto indevido em suas contas.

As decisões acabam por estimular e não desestimular a conduta, servindo o processo como mecanismo legitimador do enriquecimento ilícito das empresas. Apesar do elevado número de processos na Justiça, os maiores litigantes são as empresas que obtêm os maiores lucros. A Oi teve lucro líquido de R\$ 1,49 bilhão em 2013 (1ª mais acionada nos JECS nos últimos cinco anos); a Light S/A, de R\$ 662,8 milhões em 2014 (3ª); a Ampla Energia e Serviços, de R\$ 515 milhões em 2013 (7ª); o Banco Itaú, de R\$ 23,35

bilhões em 2015 (5ª); o Banco Santander, de R\$ 6,62 bilhões em 2015 (4ª); o Banco Bradesco, de R\$ 17,2 bilhões em 2015 (6ª); a Caixa Econômica Federal, de R\$ 7,2 bilhões em 2015; a Vivo, de R\$ 3,4 bilhões em 2015 (12ª); e da Tim, de R\$ 1,73 bilhão em 2015 (13ª).

BARRETO, MIGUEL. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/miguel-barreto-dano-moral-consumidor-nao-mero-aborrecimento>.

Acessado em: 03/07/19.

Os dados atuais divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) confirmam a importância das ações indenizatórias quando se trata de direito do consumidor, pois estas perfazem 15,15% de todas as ações dos juizados especiais no ano de 2018 (CNJ, 2018). Já no ano de 2023 somente os pedidos de danos moral em face a responsabilidade do fornecedor representou 9,2% das ações distribuídas no juizado especial

Gráfico 01 – Assuntos demandados nos Juizados Especiais

Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO (195) – Benefícios em Espécie (6094) / Auxílio por Incapacidade Temporária (6101)	1.458.570 (4,70%)
	2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO (195) – Benefícios em Espécie (6094) / Aposentadoria por Incapacidade Permanente (6095)	853.441 (2,75%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO (195) – Benefícios em Espécie (6094) / Aposentadoria por Idade (Art. 48/51) (6096)	736.184 (2,37%)
	4. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO (9985) – Aplicação INPC/IPCA – Atualização FGTS (15066)/	595.835 (1,92%)
	5. DIREITO ASSISTENCIAL (12734) – Benefício Assistencial (Art. 203, V CF/88) (6114) / Pessoa com Deficiência (11946)	556.133 (1,79%)
Estadual	1. DIREITO DO CONSUMIDOR (1156) – Responsabilidade do Fornecedor (6220) / Indenização por Dano Moral (7779)	1.628.866 (5,25%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR (1156) – Responsabilidade do Fornecedor (6220) / Indenização por Dano Moral (7779)	1.226.308 (3,95%)
	3. DIREITO DO CONSUMIDOR (1156) – Responsabilidade do Fornecedor (6220) / Indenização por Dano Material (7780)	1.107.413 (3,57%)
	4. DIREITO CIVIL (899) – Obrigações (7681) / Espécies de Contratos (9580)	1.068.431 (3,44%)
	5. DIREITO CIVIL (899) – Obrigações (7681) / Espécies de Títulos de Crédito (7717)	1.010.698 (3,26%)

Fonte (CNJ, Justiça em Números, 2023, p. 278).

Diante de tais dados nota-se que a fixação do valor indenizatório acaba possuindo verdadeiro caráter extralegal regulatório. Afinal, o estabelecimento do montante ressarcitório não somente possui as funções esclarecidas no critério bifásico (punitivo-pedagógico) como também influencia decisivamente regulando as práticas comerciais das empresas, em especial das grandes corporações, e consumidores.

A função regulatória de mercado pode e deve compor a gama de critérios especiais e abundante ao bifásico quando da fixação do montante indenizatório de dano moral. Atualmente somente as funções punitivo-pedagógica e os elementos balizadores adotados pelos operadores do direito não conseguiram atingir o equilíbrio entre um valor não abusivo, mas o suficiente para inibir práticas comerciais violadoras dos direitos do consumidor.

Desta forma, nota-se a destacada importância de uma consolidação jurisprudencial na fixação de critérios diferenciadores nos valores quando da fixação



do valor indenizatório. Os critérios diferenciadores possuem importância ímpar quando se trata de dano moral *in re ipsa*, pois a existência deste já é presumida e são os elementos balizadores que possibilitaram a diferenciação entre cada caso. Exemplificando, o tempo de inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito. Outro exemplo é a quantidade protocolo/ligações para solucionar um problema com uma operadora telefônica sem a efetiva resolução.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto neste artigo pode-se verificar a importância da fixação de critérios individualizadores do valor moral presumido. O critério bifásico punitivo-pedagógico aplicado isoladamente não cumpri a sua verdadeira função social de forma razoável e proporcional, assim é preponderante a escolha de elementos quantificadores capazes de equilibrar todos os papéis do valor indenizatório.

Destarte, os fatores de fixação do montante da indenização devem, além da punição-sanção, não inviabilizar a prática comercial, bem como não estimular a prática reiterada de condutas violadoras dos direitos dos consumidores. A necessidade advém da necessidade de proteção de práticas mercadológicas violadoras contumazes de direitos humanos básicos e ausência de respeito com o consumidor.



REFERÊNCIAS

BARRETO, MIGUEL. **Dano moral a consumidor não pode ser tratado como mero aborrecimento**. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/miguel-barreto-dano-moral-consumidor-nao-mero-aborrecimento>>. Acessado em: 22/03/2024.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números 2018*. Brasília: CNJ, 2018.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números 2023*. Brasília: CNJ, 2023.

RIZZARDO, ARNALDO. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

STF, REsp 1828026/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 12/09/2019

VAGAS, GLACI DE OLIVEIRA PINTO. **Reparação do dano moral: controvérsias e perspectivas**. 4. ed.- Porto Alegre: Síntese, 2001.

A LICENÇA PARENTAL COMPARTILHADA FRENTE AOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

SHARED PARENTAL LEAVE IN THE FACE OF NEW FAMILY ARRANGEMENTS

Andréa Grandini José Tessaro¹

Sabrina de Castro Ferreira²

Tiago Simas³

Resumo: O artigo visa analisar os parâmetros para concessão das licenças maternidade e paternidade e como vêm se adequando aos novos arranjos familiares, presentes nos dias atuais. A partir das condições históricas que resultaram na positividade desse direito no ordenamento jurídico pátrio, são identificados os obstáculos que impedem o seu exercício pleno, com suporte em relevantes decisões judiciais. Ademais, foram trazidas à baila algumas soluções legislativas adotadas em outros países, diante dessa nova realidade e das distintas composições familiares, cujo intuito é verificar se o modelo de licença vigente no ordenamento brasileiro atende às necessidades atuais, identificando possíveis perspectivas e avanços. Para alcançar esse objetivo, utilizou-se o método indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, descritiva e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Licença parental compartilhada; Concessão; Novos arranjos familiares.

Abstract: The article aims to analyze the parameters for granting maternity and paternity leaves and how they have been adapting to the new family arrangements, present nowadays. Based on the historical conditions that resulted in the affirmation of this right in the national legal system, the obstacles that prevent its full exercise are identified, supported by relevant judicial decisions. In addition, some legislative solutions adopted in other countries were brought up, in view of this new reality and the different family compositions, whose purpose is to verify whether the license model in force in the Brazilian legal system meets the current needs, identifying possible perspectives and advances. To achieve this objective, the inductive method was used, through bibliographic, descriptive and jurisprudential research.

Keywords: Shared parental leave; Concession; New Family Arrangements.

¹ Doutoranda e Mestre em Patrimônio Cultural e Sociedade (UNIVILLE). Graduada em Direito pela Associação Catarinense de Ensino (2008) e em Pedagogia, pela Universidade do Estado de Santa Catarina (2004). Oficiala da Infância e Juventude, lotada na Comarca de Garuva/SC. Diretora e Professora do CEJURSC. Experiência como Juíza Leiga na Comarca de Garuva/SC. Integrante do Banco de Avaliadores da Revista Científica da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS). lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2646109514928999>>

² Graduação em DIREITO pela Sociedade Educacional de Santa Catarina - UNISOCIESC - Joinville\SC (2023). Atualmente é Escrevente de Registro da 3º Registro de Imóveis de Joinville. lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5781252227692497>>

³ Graduação em Direito pela Sociedade Educacional de Santa Catarina (2023) e curso-técnico-profissionalizante em Técnico em Farmácia pelo Colégio Cenecista José Elias Moreira (2018). Atualmente é Assistente Administrativo da Centrais Elétricas de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito e Saúde. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9976574398497607>>



INTRODUÇÃO

A licença maternidade e paternidade são direitos sociais que visam à proteção do filho, priorizando seu contato nos primeiros dias de vida com os genitores, com o intuito de privilegiar seu desenvolvimento físico e mental, por meio dos cuidados físicos e constituição de laços afetivos, tão necessários nessa etapa da vida.

No Brasil, esse direito é protegido pela Constituição Federal, em seu artigo 7º, incisos XVIII e XIX, intitulados expressamente como licença “gestante” e “paternidade”, bem como a proteção da maternidade, estabelecida na Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 611-B, parágrafos XIII e XIV, e no caso dos adotantes, foi incluído o parágrafo único ao artigo 391-A na CLT pela Lei nº 13.509, de 2017, conhecida como Lei de Adoção.

Esta proteção é fruto da adaptação das relações de trabalho ocorridas ao longo do tempo, com a Revolução Industrial e alterações nos costumes da sociedade. Fato é que, atualmente, a família não possui a estrutura social de cuidado com os filhos e tarefas domésticas centralizada apenas na figura da mulher, como se evidenciava décadas atrás e não decorre mais do fato biológico da procriação, como pré-requisito para sua existência.

Incontestável é que as mudanças de costumes e modernização das relações de trabalho possibilitaram mudanças nos modelos de famílias, e os papéis sociais dos genitores sofreram notáveis alterações, e a exclusiva responsabilidade da mãe nos cuidados e criação dos filhos passa a ser minimizada. O capitalismo foi responsável pelo afunilamento das relações econômico-financeiras das famílias, com o próprio sistema exigindo a força de trabalho de ambos os genitores para suprir as necessidades familiares básicas e a divisão de responsabilidades nos cuidados com a prole.

Portanto, dentro de toda a variedade do plexo familiar e a existência de modalidades de colocação da criança e adolescente em família substituta, como por exemplo nos casos de avós maternos ou paternos que assumem a guarda da criança logo após o seu nascimento, não há no ordenamento jurídico respaldo legal para o requerimento da aludida licença, em momento que se faz necessário prestar suporte e afeto ao recém-nascido.

Hodiernamente, são latentes as discussões e debates acerca da positivação na legislação nacional e internacional acerca dos critérios e prazos para o exercício das licenças paternidade e maternidade, notadamente em razão das mudanças

ocorridas nos novos arranjos familiares. Sem laivo de dúvida, a discussão sobre a licença parental compartilhada é um tema pertinente, posto que é uma das formas pelas quais os responsáveis pelo recém-nascido ou recém-adotado possam utilizar o período de exercício de cada um, de acordo com suas próprias necessidades e conveniências. Nessa ótica, percebe-se a dificuldade de acesso a esse direito, dos responsáveis legais exercerem a maternidade ou paternidade da maneira que sonharam ou que gostariam, seja compartilhando as tarefas e cuidados com o menor e tendo acesso a um tempo adequado para as adaptações na convivência familiar.

O presente artigo apresenta como pergunta de partida o seguinte questionamento: Em que medida o modelo de licença maternidade e paternidade adotado pela legislação brasileira atende às mudanças vivenciadas e aos anseios das famílias atuais? Quais os óbices enfrentados pelos pais ou responsáveis legais que não estão enquadrados nos requisitos para obtenção da licença parental compartilhada?

O objetivo geral consiste em analisar a legislação brasileira concernente às licenças maternidade e paternidade e verificar quais entraves enfrentam os pais que não se enquadram nos requisitos legais para aquisição dos referidos direitos.

Como objetivos específicos pretende-se estudar os modelos parentais a partir da Constituição Federal de 1988, analisar a legislação trabalhista concernente às licenças maternidade e paternidade e requisitos legais, bem como verificar os óbices enfrentados pelos pais e responsáveis legais não amoldados aos requisitos exigidos para obtenção das aludidas licenças.

Para tanto, a metodologia de pesquisa utilizada será a bibliográfica, com estudo doutrinário, jurisprudencial e legislativo, além de artigos científicos, monografias e dissertações sobre a temática eleita. Ademais, será realizado um estudo comparativo por meio do material bibliográfico produzido em Língua Portuguesa acerca das legislações atuais de outros países, como Portugal e Suécia, onde já se encontra positivadas a legislação atinente à licença parental compartilhada voltada para as novas estruturas familiares; e os pontos semelhantes e complementares com os projetos de lei apresentados no Brasil.

Nessa perspectiva, será refletido sobre as circunstâncias históricas e econômicas que levaram à idealização e positivação das legislações estudadas, bem como sobre os interesses envolvidos, os quais impossibilitam que determinados direitos sejam contemplados atualmente por um determinado grupo de pessoas.

1. MODELOS PARENTAIS

De início serão expostas as condições históricas, principalmente antes da vigência do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, e o contexto social nos quais estavam inseridas as famílias, diante das disposições legais existentes na época, no intuito de colher subsídios para analisar a possibilidade e necessidade de atualização dos parâmetros da licença maternidade e paternidade, derivados de uma sociedade atual, que valoriza o ‘afeto’, como mecanismo de estabelecimento familiar.

Para iniciar o estudo sobre a legislação relacionada aos modelos familiares, é apropriado examinar, com fins comparativos históricos, o texto do Código Civil de 1916, a fim de deduzir a partir de doutrinadores a estrutura familiar adotada por ele.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

Compete-lhe:

I - a representação legal da família; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

De acordo com Rodrigues (2004), a partir da redação do art. 233 do Código Civil de 1916, é possível se observar a divisão de papéis existentes em uma família reconhecida legalmente, tendo em vista que a mulher expressamente se subordinava ao homem na relação familiar. Outro ponto é o da “procriação”, como sendo respectivamente o elo estabelecido entre genitores para com seus filhos. Desta forma, o afunilamento das relações sociais se torna evidente, seguindo linha de raciocínio de Lobo (2014).

Com a diferenciação estabelecida pelo artigo 332 do Código Civil de 1916, entre parentesco legítimo ou ilegítimo - resumidamente, quando o filho foi gerado a partir de relação extraconjugal -, bem como a consanguinidade como um contraponto à adoção, já é por si só uma maneira de segregação social, no qual a lei é mecanismo para estabelecer um paralelo entre família “legítima” e uma ficção jurídica de “família ilegítima”. (RODRIGUES, 2004)

Ao analisar o objetivismo das relações familiares de acordo com o Código Civil de 1916, Cavichioli e Geidel (2018, p. 233-234), aclaram que

A relação jurídica entre pais e filhos não era pautada por qualquer elemento afetivo, razão por que era caracterizada pela objetividade. Outra face dessa objetividade expressava-se pelo patrimonialismo, pois as normas que definiam o contorno jurídico da relação entre pais e filhos dedicavam-se, principalmente, a disciplinar aspectos patrimoniais. Por fim, como a mulher casada era incapaz e como a administração do patrimônio dos filhos menores era atribuída quase exclusivamente ao pai, as relações jurídicas familiares eram caracterizadas pelo patriarcado. (CAVICHIOLI E GEIDEL, 2018, p. 233-234).

A família patriarcal de acordo com Peteman (1993, p. 167) é: "o poder natural dos homens como indivíduos (sobre as mulheres) abarca todos os aspectos da vida civil. A sociedade civil como um todo é patriarcal. As mulheres estão submetidas aos homens tanto na esfera privada quanto na pública".

Um interessante conceito, para que se possa introduzir o tema "família patriarcal", muito válido, para se entender a positivação legislativa atual, é o "pátrio poder". Para Venosa (2013), o pátrio poder pode ser entendido como um conglomerado de direitos concedido aos pais, inerentes a formação e guarda dos filhos, principalmente relativos aos patrimônios envolvidos nas constituições familiares, com atenção especial, ao fato do pai ser o administrador do lar e provedor dos recursos. O Código Civil de 1916, portanto, possuía raízes patriarcais e conservadoras, presentes de maneira imponente e objetiva.

De acordo com o art. 385, da referida lei, o pai, e apenas de forma subsidiária a mãe, é o administrador dos bens pertencentes aos filhos menores. O objetivismo e o patrimonialismo se representam por estruturas desta natureza quando referenciadas a figura paterna principalmente, evidenciando o modelo de família patriarcal.

Cavichioli e Geidel (2018) elucidam tal constatação quanto ao nascimento de um direito civil-constitucional com base no subjetivismo, socialidade, afetividade, personalismo, igualdade de gênero e afeto em detrimento do modelo existente até tal momento percorrido no artigo, em que o patrimonialismo e o personalismo, bem como a consanguinidade, eram os parâmetros, desse direito de família objetivista, que tanto excluiu o reconhecimento de diferentes modelos de família, justamente por não preencherem os requisitos elencados de maneira expressa no código até então vigente.

Tendo em vista que apenas o modelo patriarcal de família era o formalmente reconhecido durante séculos, a contemporaneidade, elucida Balauger (2013) aliada com o princípio da dignidade da pessoa humana, passou a reconhecer os direitos individuais no ocidente, com observância aos inúmeros movimentos



constitucionalistas de cunho social, crescentes a partir das últimas décadas do século passado.

No Brasil, o marco para o reconhecimento e construção de um direito civil de família, com observância nas questões subjetivas e de afeto foi a Constituição Federal de 1988, fundamental para o estabelecimento das bases jurídicas para que novas aspirações tangentes à família fossem devidamente recepcionadas nas legislações infraconstitucionais. E ainda, afirma Balauger (2013), como contributo para que as decisões judiciais pudessem aplicar potentes reformas, frente às supressões enfrentadas por famílias que até então viviam à margem jurídica em relação aos seus direitos básicos.

Importante avanço também, foi a positivação para o reconhecimento de tais direitos com a Lei nº 11.340, de 2006, em seu art. 5º, inciso II, e parágrafo único, ao trazer regulamentação legislativa diversa da família, que passou juridicamente a ser entendida como: “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; independentemente de orientação sexual” (BRASIL, 2006)

Tal disposição vai ao encontro ao art. 1.511, do Código Civil de 2002, que ao estabelecer “igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges” resultando em “comunhão plena de vida”, remete ao princípio do afeto nas relações familiares, que estabeleceu um contraponto com o objetivismo existente anteriormente. Diante do contexto apresentado e se tratando de famílias homoparentais, é cabível apresentar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, responsável por estabelecer um entendimento sobre a questão, vez que as interpretações diversas sujeitavam essas famílias a decisões e convicções diversas, em diferentes órgãos e instâncias do Poder Judiciário, com julgamento muito heterogêneos.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 - RJ, reconheceu a constituição de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo e assegurou na união estável homoafetiva os mesmos direitos e consequentemente deveres, de um casal heteroafetivo. Ademais o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 14 de maio de 2013, ao editar a Resolução nº 175, corroborou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao faz constar em seu texto normativo e vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e Ministério Público: “Art. 1º. É vedada às autoridades competentes

a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo." (BRASIL, 2013).

Apesar de se observar grandes mudanças na sociedade civil, a partir das legislações, seria leviano afirmar que o reconhecimento das modalidades de família atingiu um patamar ideal no Brasil, referente a seu reconhecimento como estrutura que enseja a proteção do estado.

De acordo com o estudo realizado por Lobo (2014), no que tange ao estudo da demografia brasileira atual, a composição familiar ainda indica um perfil que se distância dos modelos positivados na legislação pátria. Nessa senda, faz-se necessário exemplificar acerca de algumas unidades de vivência familiar, quais sejam: uniões concubinárias, quando houver impedimento para se casar de um ou de ambos os companheiros com filhos; uniões homoafetivas; pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental); pares andróginos, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade.

Além desse rol exemplificativo, a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística), em 2013, se pode afirmar que existe uma infinidade de categorizações de famílias com a existência de filhos que merecem a tutela estatal, mas que ainda vivem à sombra do ordenamento jurídico brasileiro, cuja ausência de amparo legal impossibilita a observância e concretização de seus direitos básicos. Nessa perspectiva, em que pese as alterações legislativas e entendimentos jurisprudenciais nas últimas décadas no Brasil terem sido valiosos para o reconhecimento de novos modelos de família, existe ainda uma esfera perceptível de famílias e modelos parentais que ainda estão privados de exercerem seus direitos e de receberem a tutela estatal.

A partir da compreensão do desenvolvimento dos modelos de família na sociedade, é possível realizar uma análise da positivação dos direitos trabalhistas que versam sobre as licenças paternidade e maternidade no Brasil, e de outros países, e a partir dessa comparação com o direito pátrio, levantar a discussão acerca da modalidade de licença intitulada "licença parental compartilhada".

2. DOS DIREITOS TRABALHISTAS COMPARADOS

Para estudar as relações sociais que levaram à criação da licença parental compartilhada, é necessário considerar a história da maternidade e das jornadas de trabalho, levando em conta a sociedade predominantemente patriarcal. Isso inclui analisar as mudanças nos direitos trabalhistas e criar uma conexão com as estruturas familiares abordadas no tópico anterior, bem como discutir as mudanças legais decorrentes da industrialização. Para isso, faz-se necessário examinar as leis nacionais e internacionais sobre o tema.

Durante a Revolução Industrial, a demanda de mão-de-obra feminina aumentava, à medida que o processo de industrialização expandia. O trabalho fabril carecia de operários e havia escassez de trabalhadores disponíveis, e esse cenário contribuiu para que mulher assumisse um novo papel social. Entretanto, apesar dessa oportunidade no mercado de trabalho, os salários pagos às trabalhadoras eram notoriamente inferiores aos dos trabalhadores masculinos. Essa disparidade pode ser constatada nos escritos de Martins:

No decorrer da Revolução Industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas. Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes. Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhe eram possíveis, só para não perder o emprego. [...] Não se observava uma proteção na fase de gestação da mulher, ou de amamentação. (MARTINS, 2012, p. 615).

É evidente, portanto, que a reserva de mercado fez com que a mão-de-obra feminina se apresentasse para os detentores dos meios de produção como um ônus módico, sendo essa inserção primária da figura da mulher como trabalhadora assalariada em uma realidade industrial, que infelizmente persiste até os dias atuais.

Partindo do aspecto biológico, no estudo das relações de poder e capital relacionadas ao trabalho, à própria reprodução por si só representa um mecanismo, que na ótica capitalista, necessita de controle social, e apresenta como forma de garantia de mão-de-obra, tão necessária na época inicial pós-Revolução Industrial de acordo com Combes (1986). Nesse sentido, em que pese a mulher tenha se inserido no mercado de trabalho, a responsabilidade com os filhos e atividades consideradas “do lar” continuaram sendo de sua responsabilidade.

Em seu primeiro capítulo da obra intitulada Trabalho, família e gênero: impactos dos direitos do trabalho e da educação infantil, Gama (2014) conclui que apesar de serem igualmente construções sociais, a disparidade da mulher no mundo do trabalho e sua vida doméstica, como principal responsável pelo cuidado com os filhos, possuem óbices diferentes. Ora, arcaicamente, e observando as construções sociais pós-Revolução Industrial mais conservadoras, o papel da mulher estava restrito a dois trabalhos sociais. O Produtivo e o Reprodutivo. Existia, portanto, expectativas quanto ao comportamento nas fábricas e dentro das residências e essas duas realidades, por omissão do Estado, não possuíam conexão. Ou seja, não havia nenhuma proteção para a mulher que desenvolvia atividades maternas em casa, não fosse afetada negativamente no ambiente de trabalho. E, de outra banda, para que a mulher que ocupava uma função operária na indústria, não fosse afetada negativamente com suas funções maternas.

As condições históricas são essenciais para a compreensão das legislações pátrias, e para reflexão sobre o modelo de licença parental compartilhado, desta forma, será recorrido à legislação nacional, até a legislação mais recente, a Lei nº 14.457/2023. E ainda no escopo de alcançar um patamar mais avançado na discussão da referida licença, será percorrido o estudo da legislação estrangeira, por meio de publicações em Língua Portuguesa, em alguns países que já utilizam o modelo compartilhado.

O Decreto 21.417-A de 1932, é o ponto de partida, vez que dispôs pela primeira vez acerca do afastamento das atividades laborais da mulher quando do nascimento do filho. O decreto previa quatro semanas antes e depois do parto, quantia que poderia ser aumentada em até duas semanas, em casos excepcionais, desde que comprovados por atestado médico, conforme disposição do § 4º do artigo 7.

A partir da vigência da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, conforme redação original do artigo 392, houve mudanças no período de afastamento, sendo sancionada a ampliação do mesmo para seis semanas anteriores e seis semanas posteriores a ocorrência do parto. É importante ressaltar que havia a obrigatoriedade desses intervalos propostos.

Dentro das inúmeras mudanças que a CLT sofreu em toda história republicana, é importante citar a licença maternidade, outorgada no ano de 1967, a qual determinou o afastamento de 4 (quatro) semanas antes e 8 (oito) semanas após o parto. Observa-

se que houve uma redistribuição dos períodos de uso da licença, embora com a mesma quantidade de tempo.

Ao adentrar na promulgação da Constituição Federal, destaca-se que, em razão dos importantes movimentos sociais ocorridos à época culminando na Constituinte de 1988, a lei se configurou em uma referência mais próxima da base atual, que é a concessão de 120 dias.

Posteriormente, no ano de 2002, a Lei nº 10.421, fez constar o mesmo teor existente na Constituição também na legislação infraconstitucional e somente a partir de então a CLT alinhou-se aos moldes constitucionais.

Ressalte-se que a fonte dos recursos para os custeios dos percebíveis durante o período de afastamento são arcados pela Previdência Social, de acordo com a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que consiste numa renda mensal igual à remuneração integral da afastada. No caso de falecimento da mãe, será devido o pagamento, por todo o período ou pelo tempo restante, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono.

É importante sublinhar que a única legislação pátria que atualmente tem relação com o compartilhamento das licenças, é a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã. Tal programa permite às empresas aderentes a possibilidade de prorrogar por mais 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade, prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º, da Constituição Federal, instituindo um estímulo fiscal como contrapartida à remuneração paga nos dias da prorrogação.

Nesse óbice, a Lei nº 13.257/16, alterou a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008 dispondo que a licença paternidade também pudesse ser prorrogada para os empregados que laboram em empresas que aderirem ao Programa Empresa Cidadã, sendo possível o acréscimo de mais 15 (quinze) dias, totalizando 20 (vinte) dias de licença.

Tratando dos direitos do adotante, seguindo a análise legislativa de Andrade (2018), a Lei 10.421 de 2002 representou um importante avanço no reconhecimento dos direitos do adotante, pois garantiu às mães adotantes o mesmo direito à licença-maternidade que as mães biológicas. Inicialmente, a lei determinava que as mães adotantes empregadas teriam um período de licença maior de acordo com a idade da criança adotada (de 30 a 120 dias). Entretanto, em 2013, com a sanção da Lei 12.873,

foi estabelecido o afastamento de 120 (cento e vinte) dias ao pai ou mãe adotante, segurado do INSS, independentemente da idade da criança.

Destaca-se que em 2008, a criação do Programa Empresa Cidadã permitiu a extensão da licença por até 60 (sessenta) dias. No serviço público, a modificação da Lei nº 8.112/90 ocorreu somente no ano de 2014, quando servidores do sexo masculino passaram a ter direito à licença em caso de adoção de crianças, benefício que antes era exclusivo para mulheres. Em 2016, por decisão do Supremo Tribunal Federal a licença-adotante remunerada de 180 (cento e oitenta) dias (120 dias prorrogáveis por mais 60) foi estendida às servidoras públicas com filhos adotados que são regidas pela Lei 8.112/1990, conhecida como Estatuto do Servidor Público Federal.

O estudo sobre o tema motivou a pesquisa de alguns modelos de licença parental compartilhada, no intuito de compará-los com a recente inserção no ordenamento jurídico brasileiro, promovido pela Lei nº 14.457/2022. Entretanto, considerada a natureza objetiva de um artigo científico, optou-se por discutir as legislações sueca, em razão de uma das legislações que melhor atende aos anseios dos defensores da licença compartilhada, e à legislação portuguesa, devido às suas similitudes culturais e necessidades de avanço, também presentes no Brasil.

Em Portugal, a licença parental inicial compartilhada possibilita tanto à mãe quanto ao pai interagirem nos primeiros cuidados com o recém-nascido. Essa licença pode ser de 120 (cento e vinte), 150 (cento e cinquenta) ou 180 (cento e oitenta) dias consecutivos, podendo ser partilhada entre os pais. O período base da licença é de 120 (cento e vinte) dias, com remuneração integral, de acordo com o Código Trabalhista de Portugal (2009), porém, esse período pode ser prorrogado para 150 (cento e cinquenta) dias, com remuneração de 80% dos rendimentos no período de afastamento, desde que aceito pelos beneficiários da licença. A prorrogação para 180 (cento e oitenta) dias pode ocorrer se a mãe e o pai usufruírem, cada um, em exclusivo por 30 (trinta) dias ou em dois períodos de 15 (quinze) dias consecutivos, após o cumprimento da licença obrigatória exclusiva da mãe nas primeiras seis semanas após o parto. Nessa hipótese, a licença compartilhada será remunerada a 83% do salário integral.

O Código do Trabalho de Portugal, de 2009 (Art. 41, CT, 2009), estabeleceu, no art. 41, a licença parental inicial exclusiva para a mãe. Isso significa que a gestante tem a opção de requerer uma licença de até 30 (trinta) dias antes do parto. Além disso,

ela tem direito a uma licença obrigatória de 6 (seis) semanas após o nascimento do filho. Durante esse período, serão disponibilizados os meios necessários para o descanso e recuperação da mulher. Recebendo na importância de 100% dos seus proventos salariais. De acordo com o art. 43 do mesmo diploma legal, o pai tem direito a uma licença de 20 (vinte) dias úteis, que podem ser usufruídos de forma consecutiva ou intercalada, nas seis semanas seguintes ao nascimento do filho. Desses 20 (vinte) dias, cinco devem ser utilizados de forma consecutiva imediatamente após o nascimento. Além disso, após o uso da licença inicial, o pai tem direito a mais cinco dias úteis de licença, que podem ser desfrutados simultaneamente com a licença parental inicial da mãe.

Os destinatários dessa tutela legal são todos os trabalhadores com vínculo empregatício, incluindo trabalhadores do serviço doméstico que contribuem para a previdência portuguesa, trabalhadores independentes, beneficiários do Seguro Social Voluntário que trabalham em navios de empresas estrangeiras, bolsistas de investigação, praticantes desportivos profissionais, trabalhadores no domicílio e trabalhadores bancários. A legislação portuguesa concede aos pais adotantes o direito à licença, desde que a adoção seja legalizada e o adotante tenha até 15 (quinze) anos de idade.

A Suécia, de acordo com Andersson (2006), é um dos países pioneiros na promoção da igualdade de gênero e da conciliação entre trabalho e família. Nesse sentido, a licença parental compartilhada é uma prática bastante comum no país. Na Suécia, a licença parental é denominada "*föräldrapenning*" (EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS & INCLUSION, EUROPEAN COMMISSION, 2010) e pode ser partilhada entre a mãe e o pai ou outros cuidadores, como avós, tios, dentre outros. O período total da licença parental é de 480 (quatrocentos e oitenta) dias, desde 2002, podendo ser dividido entre os pais ou outros cuidadores.

Em 2000 ocorreu uma alteração legislativa para atender aos anseios dos pais com altos salários que receavam uma redução considerável em seus ganhos ao aderirem à licença. Essa reforma elevou o teto do benefício e, atualmente, existem três níveis remuneratórios baseados em um cálculo diário. O primeiro nível é o auxílio-doença (sickness benefit level), que corresponde a 80% do salário anterior e, em 2014, remunerou até o limite de 1.216 SEK/dia, correspondente a R\$ 507, conforme taxa cambial em 21/08/2015. Para ter direito a receber esse benefício, é necessário ter trabalhado por pelo menos 240 (duzentos e quarenta) dias consecutivos antes do

nascimento da criança. O segundo nível é o básico, destinado a pais com baixa ou nenhuma renda, e remunerado a uma taxa diária básica de 225 SEK/dia, equivalente a R\$ 94. O terceiro nível, mínimo, é aplicado apenas nos 90 (noventa) dias finais da licença e remunerado a uma taxa diária mínima de 180 (cento e oitenta) SEK, equivalente a R\$ 75 (CONFEDERATION OF SWEDISH ENTERPRISE INSURANCE, 2014 apud HARMATIUK *et al.*, 2016).

Na licença parental compartilhada, nenhum dos pais pode gozar de período inferior a 90 (noventa) dias. Além disso, existe um bônus de igualdade de gênero que é concedido quando os pais dividem a licença parental de forma igualitária, ou seja, 50% para cada um. Esse bônus consiste em 90 (noventa) dias adicionais de licença parental remunerada, que podem ser partilhados entre os pais. (AGENCE FRANCE, 2015).

De acordo com Harmatiuk *et al.*, (2016), embora a política seja dirigida indistintamente aos pais e tenha o objetivo de estimular a participação igualitária no mercado de trabalho e nas tarefas domésticas, incluindo o cuidado com a criança, ela parece neutra em relação ao gênero. É importante destacar que a medida não se restringia apenas a pais heterossexuais, mas também incluía pais homoafetivos. Esse, portanto, é o aspecto reformador que pode ser observado na neutralidade do texto da legislação em relação ao gênero.

À guisa de informação, ainda se recorre, de modo breve, a outras legislações de países que implementaram políticas de licença parental compartilhada, como forma de promover a igualdade de gênero e incentivar a participação ativa dos pais no cuidado e criação dos filhos. (MELO, 2019).

Na Noruega, os pais têm direito a uma licença parental compartilhada de até 49 (quarenta e nove) semanas com remuneração de 100% do salário, ou 59 (cinquenta e nove) semanas com remuneração de 80% do salário, sendo que 15 (quinze) semanas são reservadas exclusivamente para o pai. Na Islândia, os pais têm direito a nove meses de licença parental compartilhada, sendo três meses exclusivos para o pai. Já na Finlândia, os pais têm direito a 13 (treze) meses de licença, dos quais 4,2 meses são reservados para o pai.

No Canadá, os pais podem tirar até 35 (trinta e cinco) semanas de licença parental compartilhada com remuneração de até 55% do salário. E, recentemente, a Espanha introduziu uma licença parental compartilhada de 16 (dezesesseis) semanas, sendo seis semanas exclusivas para o pai.

Recentemente, por meio da Lei nº 14.457, de 21 de setembro de 2022, foi instituído o Programa “Emprega mais mulheres”, cuja iniciativa visa promover a inserção e a manutenção das mulheres no mercado de trabalho por meio de medidas como apoio à parentalidade na primeira infância, flexibilização do regime de trabalho, qualificação profissional, apoio ao retorno ao trabalho após licença-maternidade, reconhecimento de boas práticas e prevenção ao assédio no ambiente de trabalho. Essas medidas buscam facilitar o equilíbrio entre trabalho e cuidado com os filhos, promover a igualdade de oportunidades, prevenir a violência de gênero e fortalecer a participação das mulheres na economia.

O Programa Emprega Mais Mulheres tem como objetivo principal a promoção da equidade de gênero no mercado de trabalho e o fortalecimento da presença feminina na força de trabalho, desta forma, dando a devida importância ao tema do presente artigo, foi através desta inovação legislativa que se instituiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro a Licença parental compartilhada.

Com a modificação, o § 3º do artigo 20, altera o artigo primeiro da lei da empresa cidadã, no qual trata da extensão da licença maternidade, passando a permitir que a prorrogação do benefício possa ser compartilhada entre a empregada e o empregado requerente, desde que ambos sejam empregados de pessoa jurídica aderente ao programa e que a decisão seja adotada conjuntamente, de acordo com as regras estabelecidas em regulamento. Essa alteração é relevante, pois amplia a possibilidade de os casais decidirem conjuntamente como utilizar o benefício de prorrogação da licença-maternidade, permitindo que o empregado também possa usufruir desse direito em conjunto com a empregada. Isso representa um avanço na igualdade de gênero e na promoção de uma maior participação dos pais nos cuidados com os filhos, contribuindo para uma maior equidade na divisão das responsabilidades familiares.

Para os defensores do modelo de licença parental compartilhada, é importante e necessária a criação de precedentes legislativos, entretanto, para contemplar os modelos de família e problemáticas abordadas até aqui, é essencial uma regulamentação mais abrangente e otimizada, no que tange o aumento exponencial ou gradativo do período de licença.



3. ENTRAVES ENFRENTADOS PARA A CONCESSÃO DA LICENÇA PARENTAL FACE AOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

Frente à problemática e discussão trazida neste artigo, se defende a existência de uma solução legislativa que contemple toda essa diversidade de famílias presentes na contemporaneidade. E para aventar soluções possíveis, faz-se necessária uma evolução no ordenamento jurídico, no sentido de abarcar as pessoas que não constituíram uma família nos moldes tradicionais.

Nos entraves relativos ao exercício das licenças, é trazido para consideração o Recurso Extraordinário nº 1.319.025, de origem da 4ª Vara Federal de Florianópolis/SC, que foi julgado pelo TRF4, e posteriormente foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude do Estatuto do Ministério Público da União oferecer disposição contraditória à lei da adoção, sendo a primeira menos benéfica.

Os autos processuais referem-se a uma ação civil pública de número 5014990-02.2014.4.04.7200 movida pelo Ministério Público Federal contra a União, com o objetivo de conceder licença remunerada de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável por mais 60 (sessenta) dias, aos servidores públicos federais e membros do Ministério Público que adotarem crianças ou adolescentes, equiparando-a à licença maternidade. A União apresentou suas contrarrazões, argumentando, entre outras coisas, a impossibilidade de extensão nacional dos efeitos da decisão judicial. O pedido da ação civil pública abrange a inconstitucionalidade do art. 223, inciso V, da LC nº 75/1993. O artigo 223 prevê as licenças concedidas aos membros do Ministério Público da União, incluindo a licença para adoção ou obtenção de guarda judicial de criança com até um ano de idade. De acordo com o texto legal, o prazo dessa licença será de trinta dias para o adotante ou detentor da guarda, garantindo o período de licença adotante aos membros do MPU, pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por mais 60 (sessenta) dias, independentemente da idade do menor adotado. O Ministro Ricardo Lewandowski, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário 1319025/SC, de sua relatoria, que ainda aguarda julgamento.

Um outro caso para análise, que foi submetido a julgamento no TRF-4, é a Apelação de origem do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: Apelação Cível Nº 5010902-08.2020.4.04.7200/SC, julgada pela Quinta Turma em 05/10/2021. Relatora Vânia Hack de Almeida.

Esse caso envolve a concessão de licença-maternidade a um casal homoafetivo feminino, no qual a requerente é servidora pública da Universidade

Federal de Santa Catarina, e pleiteou a concessão de complemento a licença usufruída na importância de 20 (vinte) dias para 180 (cento e oitenta). Salienta-se que sua companheira por ser parturiente, usufruiu a licença na importância de 180 (cento e oitenta) dias. Como não há uma norma específica para regulamentar esse direito, a solução adotada foi uma interpretação analógica da legislação existente para o relacionamento heteroafetivo. O entendimento é que a genitora parturiente tem direito à licença-maternidade e a companheira tem direito à licença-paternidade. Isso se justifica de acordo com a relatora, com base no princípio da isonomia, que estabelece que todos devem ser tratados igualmente perante a lei. No entanto, a jurisprudência estabelece que se a autora já usufruiu de afastamento do trabalho pelo mesmo motivo, não faz sentido conceder-lhe novamente a mesma licença. Isso porque ela já usufruiu do benefício e concedê-lo novamente seria um uso indevido do direito, além de desvirtuar a finalidade da licença parental. Portanto, a jurisprudência conclui que a autora tem direito à licença-paternidade de 20 (vinte) dias, conforme a legislação aplicável, mas não tem direito a uma nova licença com o mesmo objeto, uma vez que já usufruiu do benefício anteriormente.

Indubitavelmente, a decisão em sentido de que o critério para concessão da licença seria ser a parturiente, traz uma insegurança no sentido dos casais homoafetivos que usam de inseminação artificial, já que “Relevante observar que no Brasil é permitida a utilização da barriga solidária por um casal de homens homossexuais.” (MASSARO, 2014, p. 4391).

Para elucidar melhor esse importante entrave, será observado em sequência o RE 1211446/SP, que foi reconhecida repercussão geral, e, portanto, suspende os julgamentos da matéria em âmbito nacional, até que seja julgado, pelo Supremo Tribunal Federal, (MARINONI, 2007, p.30,32). Tendo em vista essa importância dada ao caso, mesmo não sendo um caso catarinense, se torna imprescindível seu estudo para o desenvolver do trabalho acadêmico.

O RE 1211446/SP, no qual foi reconhecida repercussão geral sob o tema 1072, e está com julgamento marcado para 18/05/2023. “Tema 1072 - Possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.” (STF, 2019).

Este julgamento será um marco a respeito da temática, casos em que pode ser concedida a licença-gestante, nas situações de inseminação artificial. Situação muito

comum também em casais homoafetivos do sexo masculino, no qual não muitas vezes precisam recorrer ao Poder Judiciário, a fim de que ao menos um dos pais, consiga o direito ao exercício dele.

O caso em questão trata de uma ação movida pelo Município de São Bernardo do Campo (SP) contra uma decisão da Turma Recursal do Juizado Especial da Fazenda Pública de São Bernardo do Campo que concedeu licença-maternidade de 180 (cento e oitenta) dias a uma servidora municipal que é casada com outra mulher e que engravidou por meio de inseminação artificial heteróloga, ou seja, utilizando o óvulo fecundado da mãe não gestante. A mãe não gestante é uma servidora pública que pertence ao quadro do Município de São Bernardo do Campo e vive em união estável homoafetiva com sua companheira. As duas realizaram um tratamento de fertilização in vitro, utilizando seus próprios óvulos, o que resultou na gravidez da companheira da servidora pública, que trabalha como autônoma e não é filiada a qualquer regime de previdência, não tendo, portanto, direito à licença-maternidade.

A Turma Recursal entendeu que o direito à licença-maternidade é assegurado pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional e que deve ser interpretado de acordo com os entendimentos jurisprudenciais atuais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade. Alegou-se que o benefício é uma proteção à maternidade e possibilita o cuidado e o apoio ao filho no estágio inicial da vida, independentemente da origem da filiação.

No entanto, o Município de São Bernardo do Campo recorreu da decisão no Supremo Tribunal Federal (STF), alegando que a interpretação extensiva do direito à licença-maternidade contraria o princípio da legalidade administrativa, pois não há qualquer autorização legal para a concessão da licença no caso em questão. Argumentou ainda que o direito ao afastamento remunerado do trabalho é exclusivo da mãe gestante, que precisa de um período de recuperação em decorrência da gestação e do parto. O Ministro Luiz Fux, relator do recurso, considerou que a questão apresenta repercussão geral do ponto de vista social, em razão da natureza do direito à licença-maternidade e do impacto gerado pela sua extensão a qualquer servidora pública ou trabalhadora que vivencie a situação jurídica em exame. Observou que a discussão envolve a proteção especial à maternidade e, do ponto de vista econômico, trata da concessão de benefício de natureza previdenciária, com custos para a coletividade.

Destacou ainda que o debate transcende os limites individuais da causa e é passível de repetição em inúmeros casos em que se confrontam o interesse da mãe não gestante em união homoafetiva de usufruir da licença-maternidade e o interesse social concernente aos custos do pagamento do benefício previdenciário e à construção de critérios isonômicos em relação às uniões heteroafetivas. A manifestação do relator de considerar constitucional a questão e reconhecer a existência de repercussão geral foi seguida por maioria, vencido o ministro Edson Fachin.

O fato é que, diante de não termos uma legislação consistente para estabelecer um “ponto final” nessa disputa, resta evidente o conservadorismo da sociedade e dos legisladores. Situações como as que estão sendo aqui discutidas precisam estar positivadas em lei, para que o exercício do direito seja célere e efetivo, vez que o momento de usufruir da licença parental é único, e impossível de ser compensado posteriormente, de acordo com Andrade (2018).

Considerando o tema abordado no presente artigo, é possível levantar a hipótese de que as duas mulheres envolvidas poderiam decidir de forma consensual qual delas receberia a licença-maternidade. Nesse sentido, a mãe gestante teria o direito ao benefício de acordo com os artigos 7º, XVIII, da Constituição Federal e 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Por outro lado, a mãe não gestante também poderia receber a licença, uma vez que esse direito é concedido com o objetivo de possibilitar o convívio familiar e o cuidado com a criança, visando maximizar direitos fundamentais como a dignidade humana, a igualdade, a liberdade reprodutiva e o melhor interesse do menor.

Dessa forma, a adoção da licença parental compartilhada poderia se apresentar como uma solução para o problema enfrentado no RE nº 1211446, além de ser um importante instrumento para promover um tempo de convivência mais equilibrado entre todos os envolvidos. Cada família poderia escolher o que fosse mais conveniente para si.

Embora a hipótese da licença parental compartilhada pareça mais adequada à realidade das duas mulheres, é importante acompanhar o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca do caso, a fim de verificar como a Corte vai entender a questão e qual entendimento vai prevalecer, principalmente após a entrada em vigor da Lei nº 14.457, que introduziu o compartilhamento de licença no ordenamento



jurídico. Salienta-se, portanto, que a legislação não dispõe sobre o caso dos servidores públicos, tendo em vista que não modifica a Lei nº 8.112/90.

Diante desse cenário, é trazido para o debate o Projeto de Lei nº 1974/2021, de autoria dos deputados Sâmia Bomfim e Glauber Braga, e tem como escopo a previsão legal da gestante iniciar a licença parental antes do parto, enquanto a outra pessoa de referência pode optar por iniciar a sua licença a partir do parto. A licença também é garantida a quem substituir as pessoas de referência falecidas da criança ou do adolescente. A licença pode ser compartilhada entre os pais, constando legalmente os direitos dos casais homoafetivos, caso aprovado. Referido Projeto é uma importante iniciativa que busca garantir os direitos parentais no Brasil, considerando a diversidade de configurações familiares existentes atualmente. Por meio de alterações na CLT, o projeto prevê benefícios aos trabalhadores que assumem o papel de cuidadores, sejam eles mães, pais ou qualquer outra pessoa que seja referência da criança ou do adolescente.

Dentre as medidas propostas, destaca-se a ampliação da licença parental remunerada para 180 (cento e oitenta) dias a partir do nascimento ou adoção da criança, estendendo-se não apenas às mulheres contribuintes do INSS, mas a todos os trabalhadores. Além disso, o projeto prevê a licença parental para aqueles que assumem a responsabilidade de cuidar de crianças ou adolescentes após a morte de suas pessoas de referência, reconhecendo o vínculo socioafetivo.

Essa iniciativa traria importantes mudanças na redução da sobrecarga que as mães enfrentam ao se tornarem responsáveis pelos cuidados com os filhos, já que o parceiro também teria direito à licença parental. Além disso, a proposta leva em consideração as diversas configurações familiares existentes, protegendo os direitos de todas as pessoas envolvidas. Nesse modelo de licença, os quatro meses de afastamento do trabalho após o nascimento da criança seriam compartilhados entre pai e mãe em períodos alternados. Além de propor alterações na Lei nº 8.112/90, para fazer constar essa ampliação de direitos também aos servidores públicos e fazer constar no capítulo II, instituição de salário parentalidade de 180 dias, independentemente da idade do adotado.

De acordo com Harmatiuk *et al*, (2016); uma licença parental que propõe no mínimo 180 dias de afastamento do trabalho para ambos os pais, como se tornou na evolução do modelo sueco com o passar dos anos, faz com que ambos os pais tenham vínculo socioafetivo com a criança, além disso, esse período pode ser iniciado

antes do parto, caso necessário. Devendo se considerar também mecanismo de evitar a desigualdade na continuação das carreiras profissionais e estabelecer maior convivência de ambos com o filho.

Uma licença parental compartilhada ideal, de acordo Duvander et al., (2005), colocaria como devido fato gerador a maternidade ou paternidade, e a partir daí ambos os responsáveis poderiam decidir sobre a distribuição de um período comum, maior que o oferecido anteriormente a reforma da legislação, ou até mesmo um igual período oferecido para ambos os responsáveis, a depender da proposta ou legislação já existente em diferentes ordenamentos jurídicos pelo mundo, promovendo a igualdade de gênero de forma efetiva no exercício da paternidade.

A ideia da licença parental compartilhada está em consonância com diversas das convenções internacionais no combate à discriminação, sendo também parte da Constituição da OIT, a Convenções n 95 (Proteção ao Salário), a Convenção nº 100 (Igualdade de Remuneração para a mão de obra Masculina e a mão de obra Feminina por um Trabalho de Igual Valor), a Convenção nº 103 da OIT (Amparo a Maternidade) e a Convenção nº 111 (Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão), todas promulgadas no Brasil pelo Decreto nº 10.088/2019.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dos fatores históricos das constituições familiares foi possível compreender o desenvolvimento dos direitos trabalhistas positivados em relação às licenças maternidade e paternidade. É notável que tais direitos são consequências dos modelos formais de família e do seu devido desenvolvimento no âmbito jurídico. Foi igualmente importante tratar das legislações relativas às licenças, bem como sua alteração com o passar do tempo e ainda traçar um esboço da licença parental compartilhada em outros países que adotam o sistema de compartilhamento entre os pais do período de exercício.

Em relação às problemáticas contidas no bojo do artigo, em relação à criança adotada, frente a licença legal instituída pela Lei nº 12.873/13, é possível afirmar que trouxe inovações expressivas, como a possibilidade de concessão da licença de 120 (cento e vinte) dias ao empregado adotante ou que obtiver guarda judicial para fins de adoção, o que inclui o pai solteiro. No entanto, há ainda algumas problemáticas a serem abordadas, como a situação em que apenas adotantes de crianças com até 12 (doze) anos previstos na Lei nº 8.069/90 têm direito ao salário maternidade. Essa



previsão legal deu origem a jurisprudências contrárias, já apresentadas aqui, entretanto, em razão da ausência de previsão legal, o impasse e insegurança jurídica permanecem.

Quanto ao exercício dos direitos à licença dos casais homoafetivos e considerando a alteração da Lei 8.213/1991 pelo artigo 71-A da Lei 12.873/2013, foi possibilitado o salário-maternidade para adoção por homens, incluindo casais homoafetivos. No entanto, a lei não prevê o caso de filhos nascidos por barriga solidária, gerando uma lacuna jurídica previdenciária. A pesquisa realizada identificou que existem fundamentos jurídicos consistentes para a concessão do salário-maternidade a casais homoafetivos beneficiados por gestação de substituição, com base em princípios constitucionais relevantes, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a não-discriminação e o melhor interesse da criança. Portanto, o Direito não pode ignorar as mudanças sociais e os operadores do direito devem aplicar os princípios jurídicos para garantir a dignidade da pessoa humana acima de tudo.

Uma questão que precisa ser abordada é a licença-maternidade para casais homoafetivos femininos. Atualmente, a lei prevê que apenas a gestante tenha direito ao benefício, enquanto a sua companheira, mãe não gestante, é equiparada à condição biológica de pai, recebendo apenas 5 dias de licença-paternidade. Esta situação claramente não reconhece as particularidades das famílias homoafetivas femininas e pode trazer prejuízos tanto para a mãe não gestante quanto para a criança.

A Lei nº 14.457/2022, que significa um avanço ao instituir pela primeira vez um modelo compartilhado de licença no ordenamento jurídico brasileiro, porém tímido no quesito ampliação aos novos modelos de família. De outro turno, O Projeto de Lei nº 1974/2021 que tramita na Câmara de Deputados, propõe, ao nosso ver, alterações mais condizentes com os anseios e problemáticas apresentadas até o momento.

Como forma de apresentar sugestões acerca de positavações legais, cabe salientar que no ordenamento jurídico brasileiro, através do Art. 396 da CLT, garante o direito da mãe 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um para a amamentação do filho. Ocorre que esse período não atende as necessidades de locomoção, com finalidade de exercer esse direito. Uma possível alternativa culminada com a licença parental compartilhada, seria o instituto da jornada parcial, que permitiria com que o empregado ou empregada, laborasse meio período com



finalidade de poderem compartilhar com seu companheiro o exercício da licença parental em conjunto.

A Lei nº 13.370, de 12 de dezembro de 2016 permite que os servidores públicos possam exercer jornada parcial, caso tenham filhos com necessidade especial sob sua guarda. Seria uma forma de analogicamente, aplicar durante o período de licença, a jornada parcial, com finalidade de garantir a participação dos pais no desenvolver da criança, bem como atender melhor o quesito aleitamento materno, se aplicável. A partir do exercício simultâneo da licença através do mecanismo da jornada parcial.

À guisa de conclusão, a licença parental compartilhada é uma medida fundamental para promover a igualdade de gênero, fortalecer os vínculos familiares e garantir o desenvolvimento saudável dos filhos. Nessa perspectiva, é necessário que a legislação continue avançando, bem como políticas públicas que considerem a realidade das famílias contemporâneas e que proporcionem condições para que homens e mulheres possam compartilhar as responsabilidades da criação dos filhos de forma equilibrada e justa.



REFERÊNCIAS

AGENCE FRANCE. **Swedish fathers to get third month of paid paternity leave.** Estocolmo, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/jz65sN>>. Acesso em: 28 de março de 2023.

ANDERSSON, K. **The Swedish anti contraceptive law 1910-1938: showing how the procontraceptive discourse advocate change** (Tese de Mestrado), Lund University, Faculty of Social Sciences, Suécia, 2012. Disponível em <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=3053058&fileId=3053061>>. Acesso em: 11 de novembro de 2022.

ANDRADE, L. L. **Gênero, trabalho e bem-estar social na América Latina: um estudo das políticas de licenças maternidade, paternidade e parentais no Brasil, Chile e Uruguai.** 2018. 127 f. il. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

BALAUQUER C. F. **A interação entre democracia e direitos no constitucionalismo e sua projeção supranacional e global. Direito Público.** Porto Alegre, IOB; IDP, ano 9, n. 49, p.210-239, fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/1546>>. Acesso em: 11 novembro. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 novembro. 2022.

BRASIL. **Código Civil de 1916.** Lei n.º 3.071 de 1.º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 11 março 2019.

BRASIL. **Código Civil. 2002.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 11 novembro de 2022.

BRASIL. **Decreto 21.417** de 17.º de maio de 1932. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-a-17-maio-1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 11 março 2023.

BRASIL. **Lei Nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 11 novembro 2022.



BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf> Acesso em 29 de abril de 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei 1974/21**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021.

BRASIL. **Promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso: em 29 de abril de 2023.

BRASIL. República Federativa do. **Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: em 29 de abril de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.211.446, Tribunal Pleno. Recorrente: Município de São Bernardo do Campo. Recorrida: Tatiana Maria Pereira Fernandes**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 nov. 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751389749>> Acesso em: 29 de abril de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277/DF**. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, julgado Em 05 de maio de 2011a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 05 de março de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.211.446**, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 nov. 2019. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5701548>> Acesso: em 29 de abril de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 1.319.025/SC**. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6141764>> Acesso: em 29 de abril de 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Boletim Jurídico 228**. Página 20. Apelação Cível Nº 5010902-08.2020.4.04.7200/SC. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/boletimjuridico/arquivos/bol228.pdf>>. Acesso: em 29 de abril de 2023.



CAVICHIOLO, R. de F; GEDIEL, J. A. P. **Direito de família e fluidez normativa no Supremo Tribunal Federal**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 233-259, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/61437>>. Acesso em: 22 de dezembro 2022.

COMBES, D; HAICAULT, M. **Produção e reprodução, relações sociais de sexos e de classes**. In: KARTCHEVSKY-BULPORT, Andrée. O Sexo do Trabalho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

DUVANDER, A; FERRARINI, T; THALBERG, S. **Swedish parental leave and gender equality: achievements and reforms challenges in a European perspective**. Sweden: Institutet för Framtidsstudier, 2005

LICENÇA PARENTAL: OS PARCEIROS SOCIAIS EUROPEUS ASSINAM A REVISÃO DO ACORDO-QUADRO. Comissão Europeia, 2009. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-948_pt.htm?locale=en>. Acesso em: 11 de novembro 2022.

GAMA, A. de S. **Trabalho, Família e Gênero**. 1 ed. São Paulo. Cortez, 2014.

JUSTIÇA, CONSELHO NACIONAL. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/>>. Acesso em 19 de novembro de 2022.

LOBO, P. L. N. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do Numerus clausus**. 2004, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 de novembro de 2022.

MARINONI, L. G. M. D. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30-32.

MARTINS, S. P. **Direito do trabalho**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MASSARO, A. C. P. **A Filiação Em Face Da Gestação Por Substituição. O Que Define a Parentalidade Quando Ocorre a Inseminac o Heteróloga?** Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, n. 6, 2014. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/06/2014_06_04379_04414.pdf> Acesso em: 04 de maio de 2023.

MATOS, A. C. H; OLIVEIRA, L. Z. de; NATIVIDADE, J. P. K. F. de. **Licença parental como agenda para a igualdade de gênero: diálogos entre os modelos sueco e brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 345-363, 2016.



MELO, C. V. B. de. **Proteção À Maternidade E Licença Parental No Mundo. Consultoria Legislativa.** Brasília: 2019, p.3. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/38219/protecaomaternidade_licen%C3%A7aaparental_melo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 de abril de 2023.

PATEMAN, C. (1993). **O contrato sexual** Rio: Paz e Terra.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito de família: volume II: Direito Matrimonial.** 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947b, p. 48-51.

PORTUGUAL, **Código do Trabalho.** Lei n. 07 de 12 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>>. Acesso em: 03 de abril de 2023.

RODRIGUES, L. P. **Algumas considerações sobre o direito de família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens.** In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Holf Hanssen (Coords.) **Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre, 2004.

SUSSEKIND, A. L. **Convenções da OIT.** 2 ed, São Paulo: LTr, 1998.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: direito de família.** 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.



SENTENÇA DO ZERO

Sentença do Zero Serviços Educacionais Ltda.

Contato: (73) 99828-5266

@sentencadozero