

ISSN 2318 1621

REVISTA CIENTÍFICA

DA ORDEM DOS ADVOGADOS
DO BRASIL SECÇÃO PIAUÍ

Volume 10 - Nº 1: janeiro/junho 2022

Teresina/ Piauí

DOCTRINA NACIONAL

Ademir Macedo Lima Sobrinho
Auricélia do Nascimento Melo
Caio Carolino Duarte Campos
Conceilândia Mendes de Sousa
Délis Vivianne de Azevêdo Siqueira Campos
Dione Cardoso de Alcântara
Emmanuel Rocha Reis
Francisca Cecília de Carvalho Moura Fê
Giuliano Campos Pereira
Itamar da Silva Santos Filho
Marcelo Leandro Pereira Lopes
Maria Elda de Moura Cardoso Barbosa
Tatiana Veloso Magalhães
Wilson Franck Junior
Zenaide Leal de Sousa

DOCTRINA ESTRANGEIRA

Armindo Jelembi
Juan José Martínez Mercadal





**REVISTA CIENTÍFICA DA
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SECÇÃO PIAUÍ**

v. 10, n. 1, janeiro/junho 2022 - Teresina

ISSN 2318 1621

Revista Científica da OAB	Teresina	v. 10	n. 1	p. 1-240	jan./jun. 2022
---------------------------	----------	-------	------	----------	----------------

© 2022 Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí
Todos os artigos são de inteira responsabilidade dos autores.

CONSELHO EDITORIAL

Editores-Chefes: Mestre Karenina Carvalho Tito
Doutor Nestor Alcebiades Mendes Ximenes

Editora: EDITORA OAB

Capa: Francílio Ribeiro Martins

Diagramação: Antônio Franciel Muniz Feitosa

MEMBROS

CONSELHO EDITORIAL LOCAL

Doutor Alexandre Augusto Batista de Lima	Mestre Juliana Frank Brandão
Especialista Cássio Luz Pereira	Mestre Karenina Carvalho Tito
Doutora Christianne Matos de Paiva	Doutor Leandro Cardoso Lages
Doutora Eliana Freire do Nascimento	Mestre Leda Maria Eulálio Dantas Luz Costa
Doutor Fabrício de Farias Carvalho	Doutora Maria Gessi-Leila Medeiros
Mestre Gésio de Lima Veras	Mestre Marcelo Leandro Pereira Lopes
Doutora Gillian Santana de Carvalho Mendes	Doutor Nestor Acebiades Mendes Ximenes
Mestre Ivonaldo da Silva Mesquita	Doutor Paulo Alves da Silva Paiva
Mestre Jhon Kennedy Teixeira Lisbino	Mestre Ravana Medeiros Costa Soares Basílio
Doutor Joseli Lima Magalhães	Doutor Thiago Anastácio Carcará

Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí
[Recurso Eletrônico]. / Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí
e Escola Superior da Advocacia do Piauí. – Teresina: OAB, 2022.

Revista da OAB Piauí - v. 10, n. 1 - jan./jun. 2022
Semestral

ISSN: 2318-1621

1. Direito – Brasil – Periódico. 2. Advocacia - Periódico. I. Ordem
dos Advogados do Brasil. II. Conselho Federal. III. Seccional Piauí.

CDD 340.05

Bibliotecário Responsável: Rogério Cunha Teixeira (CRB-3/1077)

**REVISTA CIENTÍFICA DA ORDEM
DOS ADVOGADOS DO BRASIL - PIAUÍ
ISSN 2318 1621**

CONSELHO EDITORIAL EXTERNO

Doutor Adriano Marteleto Godinho – Universidade Federal da Paraíba – UFPB
Doutor José dos Santos Carvalho Filho – IDP
Doutora Larissa Maria de Moraes Leal – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE
Doutor Rafael de Freitas Valle Dresch – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS
Doutor Rafael Santos Oliveira – Universidade Federal de Santa Maria -UFSM
Doutor Rômulo Rhemo Palitot Braga – Universidade Federal da Paraíba – UFPB

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Doutor Armindo Gideão Jelembi – Universidade José Eduardo dos Santos – Angola
Doutor Jorge Duarte Pinheiro – Universidade de Lisboa – Portugal
Doutor Juan José Martínez Mercadal – Universidad de Lá República Uruguai – Uruguai

DIRETORIA DA SECCIONAL PIAUIENSE (GESTÃO 2022/2024)

Presidente: Celso Barros Coelho Neto
Vice-presidente: Daniela Carla Gomes Freitas
Secretária Geral: Raylena Vieira Alencar Soares
Secretário Geral Adjunto: Audei Martins Carneiro Filho
Diretor Financeiro: Marcus Vinicius de Queiroz Nogueira

CONSELHEIROS SECCIONAIS

Andréa Bandeira Paz
Andreya Lorena Santos Macêdo
Alexandre Augusto Batista de Lima
Ariane Caiane Melo Mota
Antônio Augusto Pires Brandão
Astrobaldo Ferreira Costa
Damásio de Araújo Sousa
Dione Cardoso de Alcântara
Francisca Juliana Castello Branco Evaristo de Paiva
Graciane Pimentel de Sousa
Herval Ribeiro
Hilbertho Luis Leal Evangelista
James Araújo Amorim
José Sérgio Torres Angelim
José Urtiga de Sá Júnior
Juliana Oliveira Soares
Justina Vale de Almeida
Kadmo Alencar Luz
Luciano José Linard Paes Landim
Maria da Conceição Carcará
Maria Fernanda Brito do Amaral

**REVISTA CIENTÍFICA DA ORDEM
DOS ADVOGADOS DO BRASIL - PIAUÍ
ISSN 2318 1621**

Marenize Leite Macena
Myrthes Barreira dos Reis
Mauro Benício da Silva Júnior
Raíssa Mota Ribeiro
Shardenha Maria Carvalho Vasconcelos
Thiaga Leandra Alves Ribeiro da Learth
William Palha Dias Neto
Wilson Spindola Rodrigues Silva
Adriano Silva Borges
Alexia Leal de Carvalho Torres
Annalice Reis Barroso
Aureliano Marques da Costa Neto
Beatriz de Sousa
Carlos Washington Cronemberger Coelho
Carolina Lamarca Leal Areias
Cheyla Maria Paiva Ferraz Ponce
Cleiton Aparecido Soares da Cunha
Danielle dos Santos Araripe
Darlan da Rocha Martins
Denize De Maria Dias Gomes E Silva
Edvaldo Oliveira Lobão
Francisco de Sousa Vieira Filho
François Lima de Barros
Hamilton Ayres Mendes Lima Júnior
Jedeon Gericó de Oliveira
Jhon Kennedy Teixeira Lisbino
Karolinnna Vasconcelos Pereira
Lady Kelly Câmara Lemos de Santana Terto
Luiz Mário de Araújo Rocha
Luiz Alberto Ferreira Júnior
Luiza Virginia Macêdo Sales
Mara Raylane de Sousa Reis
Marineri Alves de Sousa
Mayza Allen Lopes Cerqueira Amorim
Rafael Orsano de Sousa
Rafael Fonseca Lustosa
Ravana Medeiros Costa Soares Basílio
Ravenna de Castro Lima Azevedo
Ruan Oliveira Leal
Silvânia Maria Luz Leal
Silvia Cristina Carvalho Sampaio Santana
Williams Cardec da Silva

**REVISTA CIENTÍFICA DA ORDEM
DOS ADVOGADOS DO BRASIL - PIAUÍ
ISSN 2318 1621**

CONSELHO FEDERAL

Carlos Augusto de Oliveira Medeiros Júnior
Élida Fabrícia Oliveira Machado Franklin
Shaymmon Emanuel Rodrigues de Moura Sousa
Isabella Nogueira Paranaguá de Carvalho Drummond
Jamyllé Torres Viana Vieira de Alencar Leite

DIRETORIA ESAPI

Diretor Geral

Thiago Anastácio Carcará

Vice-Diretora

Leda Maria Eulálio Dantas Luz Costa

Diretora Administrativo

Ivonaldo da Silva Mesquita

Diretora de Ensino

Marcele Roberta Pizzatto

Diretora Acadêmico

Ravana Medeiros Costa Soares Basílio

Diretor Pesquisa de Pós-Graduação

Fabrício de Farias Carvalho

Diretor de Eventos e Relações Institucionais

Jhon Kennedy Teixeira Lisbino

Diretor de Interiorização das Ações da Escola

Johilse Tomaz da Silva

CONSELHO EDITORIAL

Nestor Alcebíades Ximenes
Gerlanne Luíza Santos de Melo
Leandro Cardoso Lages
Adriana Castelo Branco de Siqueira
Claudio Moreira do Rego Filho
Karenina Carvalho Tito

CONSELHO SUPERIOR

José Augusto Paz Ximenes Furtado
Patrícia Caldas Meneses Pires Ferreira
Antonio Cajubá de Britto Neto
Joseli Lima Magalhães

**REVISTA CIENTÍFICA DA ORDEM
DOS ADVOGADOS DO BRASIL - PIAUÍ
ISSN 2318 1621**

COORDENADORES ESAPI

Coordenador do Curso de Iniciação à Advocacia

Aurélio Lobão Lopes
Silva Cristina Carvalho Sampaio Santana

Coordenadora de Pós Graduação

Vitória Andressa Loiola dos Santos

Coordenador de Atividades de Extensão

Frank Lúcio Dantas Noronha

Coordenador de Pesquisa

Géssio de Lima Veras

Coordenador de Pesquisa

Cássio Luz Pereira

Coordenador de Residência Jurídica

Thiago Edirsandro Albuquerque Normando

Coordenadora de Comunicação

Samila Barbosa Milhomem

Coordenador de Interiorização das Ações da Escola

Daniel da Costa Araújo

Coordenadora de Eventos

Michelle Thamyles do Nascimento Melo

Coordenador de Relações Institucionais

Howzembergson Brito Lima

Coordenador de Ferramentas Digitais da Advocacia

Helldânio Muniz Barros

Coordenadora Administrativa, da Biblioteca e Sala de Estudos

Nayara Figueiredo de Negreiros

Coordenador de Altos Estudos da Advocacia

Antônio Augusto Pires Brandão

Coordenador do Programa de Interface da Advocacia

Berilo Pereira da Motta Neto

Coordenador de Ações para Jovem Advocacia

Pedro Marcelo de Carvalho Sousa

Coordenação de Ações para Mulher Advogada

Letícia dos Santos Sousa

Coordenador de Ensino

Victor Hugo Leal da Silva

SUMÁRIO

13 - 30
Artigo

**CONTRIBUIÇÕES DA LEI GERAL DE
PROTEÇÃO DE DADOS AO COMBATE AOS
CRIMES DE STALKING NO ÂMBITO VIRTUAL**

CONTRIBUTIONS AGAINST STALKING CRIMES IN THE
VIRTUAL SCOPE ACHIEVED BY THE GENERAL DATA
PROTECTION LAW IN BRAZIL

FRANCISCA CECÍLIA DE CARVALHO MOURA FÉ
WILSON FRANCK JUNIOR

31 - 51
Artigo

**DIREITO À PRIVACIDADE DIGITAL E À
PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS**

RIGHT TO DIGITAL PRIVACY AND THE PROTECTION OF
PERSONAL DATA

ADEMIR MACEDO LIMA SOBRINHO
MARCELO LEANDRO PEREIRA LOPES

52 - 74
Artigo

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
NO ÂMBITO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO
DE DADOS PESSOAIS – LGPD (LEI Nº
13.079/2018)**

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE STATE UNDER THE
GENERAL PERSONAL DATA PROTECTION LAW – LGPD (LAW
Nº. 13.079/2018)

CAIO CAROLINO DUARTE CAMPOS
AURICÉLIA DO NASCIMENTO MELO

75 - 97
Artigo

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA LEI DE LICITAÇÃO Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021 E SEU IMPACTO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MAIN AMENDMENTS TO THE BIDDING LAW NO. 14,133 OF APRIL 1, 2021 AND ITS IMPACT ON PUBLIC ADMINISTRATION

ZENAIDE LEAL DE SOUSA

98 - 127
Artigo

A EXTENSÃO DO PRAZO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA E O PLENO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

THE EXTENSION OF THE TERM OF THE MATERNITY LEAVE TO THE FATHER IN FACE OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF ISONOMY AND THE FULL EXERCISE OF FAMILY POWER

DÉLIS VIVIANNE DE AZEVEDO SIQUEIRA CAMPOS
DIONE CARDOSO DE ALCÂNTARA

128 - 149
Artigo

A (IN)EFICÁCIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER À LUZ DO DIREITO COMPARADO

THE (IN)EFFICACY OF THE RESTORATIVE JUSTICE TO COMBAT DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AGAINST WOMEN ON THE PERSPECTIVE OF COMPARATIVE LAW

TATIANA VELOSO MAGALHÃES
CONCEILÂNDIA MENDES DE SOUSA

150 - 175
Artigo

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA
COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS
PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA
AMPLA DEFESA NA PERSECUÇÃO PENAL**

DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION AS AN INSTRUMENT
OF GUARANTEE OF THE PRINCIPLES OF THE ADMISSION AND
BROAD DEFENSE IN CRIMINAL PERSECUTION

MARIA ELDA DE MOURA CARDOSO BARBOSA
ITAMAR DA SILVA SANTOS FILHO

176 - 196
Artigo

**TÉCNICA PROCESSUAL MONITÓRIA E SUA
INTERAÇÃO COM OS OBJETIVOS DO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL**

MONITORING PROCESS TECHNIQUE AND ITS INTERACTION
WITH THE OBJECTIVES OF THE CIVIL PROCESS CODE

GIULIANO CAMPOS PEREIRA
EMMANUEL ROCHA REIS

197 - 216
Artigo

**DOCTRINA ESTRANGEIRA
A LEI ANGOLANA SOBRE TRANSPLANTE DE
CÉLULAS, TECIDOS E ÓRGÃOS: UMA BREVE
APRESENTAÇÃO**

THE ANGOLAN LAW ABOUT TISSUE, CELL AND ORGANS
TRANSPLANTATION: A BRIEF STUDY

ARMINDO JELEMBI

217 - 240
Artigo

**LA RECLAMACIÓN DOLOSA O
FRAUDULENTE EN LAS GARANTÍAS A
PRIMERA DEMANDA**

A REIVINDICAÇÃO INTENCIONAL OU FRAUDULENTE NA
GARANTIAS À PRIMEIRA DEMANDA

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ-MERCADAL

APRESENTAÇÃO

Em 2022, a Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Piauí chega ao Volume 10 e mantém seu propósito de formentar o debate em torno do direito, com olhares voltados a seus clássicos institutos, mas também com a divulgação de pesquisas relacionadas ao que há de mais atual na jurisprudência do Brasil e de outros países e trazendo à tona temas atuais e inquietantes que concernem à Ciência Jurídica como um todo.

Apesar da extrema e zelosa missão compelida ao Conselho Editorial, percalços na produção de uma Revista Científica são atos que possibilitam engrandecimento de grandes trabalhos. Nesta edição, continuidade de um trabalho realizado na gestão do então presidente Celso Barros Coelho Neto, o Conselho Editorial, com esforço excepcional e minucioso, se desdobrou para selecionar trabalhos que possam, com mesma ênfase e brilhantismo, perpetuar o legado outrora erigido.

Na doutrina nacional, são apresentados oito trabalhos inéditos, com temas variados e instigantes, que percorrem o direito de forma ampla.

No lançamento da seção de doutrina estrangeira, contamos com duas honrosas participações. O Doutor Armindo Jelembi, Professor da Universidade José Eduardo dos Santos, Huambo, Angola, subscreve o texto “A Lei Angolana sobre Transplante de células, Tecidos e órgãos: uma breve apresentação”, no qual faz referência aos aspetos jurídicos da transplantação, tendo como vetor o respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana. No segundo texto, o Doutor Juan José Martínez-Mercadal, Professor da Universidad de Lá República Uruguai, Montevideo, Uruguai, assina o artigo “La Reclamación dolosa o fraudulenta en las garantías a primeira demanda”. No texto, o autor pontua as principais

características das garantias de primeira demanda e a crise que elas provocam no princípio de natureza acessória que rege as garantias tradicionais.

Esperamos que os temas aqui apresentados sejam de interesse para todos e aproveitamos para desejar uma excelente leitura!

Professora Mestre Karenina Carvalho Tito
Editora-Chefe do Conselho Editorial

13 - 30

Artigo

**CONTRIBUIÇÕES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS AO
COMBATE AOS CRIMES DE STALKING NO ÂMBITO VIRTUAL**

FRANCISCA CECÍLIA DE CARVALHO MOURA FÉ, WILSON FRANCK JUNIOR

CONTRIBUIÇÕES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS AO COMBATE AOS CRIMES DE STALKING NO ÂMBITO VIRTUAL

CONTRIBUTIONS AGAINST STALKING CRIMES IN THE VIRTUAL SCOPE ACHIEVED BY THE GENERAL DATA PROTECTION LAW IN BRAZIL

FRANCISCA CECÍLIA DE CARVALHO MOURA FÉ

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí.
Advogada. Especialista de Direito Civil e Processo Civil, UNINOVAFAPI; Especialista em Direito Constitucional e Administrativo, UNINOVAFAPI. E-mail: ceciliamourafe@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8822423275712919>

WILSON FRANCK JUNIOR

Mestre e Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). E-mail: wilsonfranckjunior@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3034081265409577>. ID Lattes: 3034081265409577

RESUMO: O presente artigo pretende analisar as contribuições da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018) quanto ao combate ao crime de stalking no âmbito virtual (*cyberstalking*), figura delitiva recentemente sancionada pela Lei de Stalking (Lei n.º 14.132/2021), cuja finalidade declarada é a de aperfeiçoar o Código Penal para a tutela de vítimas de perseguições reiteradas, criminalizando, para teste fim, atos perpetrados no meio virtual e nas mídias digitais. A criminalização do *cyberstalking* possibilitou a repressão de atos atentatórios à intimidade e à privacidade que, antes do advento da Lei n.º 14.132/2021, eram de difícil punição, dado a ausência de tipo penal específico e a dificuldades de ordem investigativa decorrentes do anonimato possibilitado pelas **mídias sociais**, usadas para destruir a tranquilidade e a vida privada de inúmeras vítimas. Mesmo sem poder coercitivo, a Lei Geral de Proteção de Dados (2018) revelou-se um importante contributo para a criminalização do crime de *cyberstalking*, antecipando a regularização de determinadas ações no meio virtual que ajudaram a garantir a proteção, a intimidade e a dignidade das pessoas físicas, abrindo o caminho para que novas leis, de matéria penal, estendessem a tutela da intimidade no *cyberspaço*, com a criação de novos tipos penais.

Palavras-chave: LGPD; Cyberstalking; Perseguição; Mídias Sociais; Crimes Virtuais.

ABSTRACT: This article aims to analyze the contributions of the General Data Protection Law (Law No. 14.132/2021), whose stated purpose is to improve the Penal Code for the protection of victims of repeated persecution, criminalizing acts perpetrated in the virtual environment and digital media. The criminalization of cyberstalking made it possible to repress acts that violate intimacy and privacy that used to destroy the tranquility and private lives of countless victims. Even without coercive power, the General Data Protection Law (2018) proved to be an important contribution to the criminalization of the crime of cyberstalking, anticipating the regularization of certain actions in the virtual environment that helped to guarantee protection, intimacy and dignity of individuals, opening the way for new criminal laws to extend the protection of privacy in cyberspace with the creation of new criminal offenses.

Keywords: LGPD; Cyberstalking; Persecution; Social media; Virtual Crimes.

1 INTRODUÇÃO

No dia 31 de março de 2021, foi sancionada a Lei de Stalking (Lei n.º 14.132/2021), que inseriu o artigo 147 – A, criando o “crime de perseguição”. O novo tipo do Código Penal brasileiro, também conhecido como crime de stalking, visa a garantia da dignidade da pessoa humana. Considerando-se que a proteção à vida privada é um direito fundamental ao desenvolvimento humano, a prática delitiva do stalking é uma forma de violência interpessoal que ameaça a integridade física e pessoal por meio de assédio e constante vigilância sobre a vítima.

As mudanças comportamentais geradas com o advento das mídias sociais já são bastante conhecidas. Em geral, os indivíduos passaram a expor parte de sua rotina por motivos diversos, dentre eles, o trabalho, ficando mais vulneráveis a crimes que violam suas liberdades. Dessa maneira, a Lei de Stalking também se preocupou em alcançar as condutas delitivas de perseguição cometidas no ambiente virtual, classificadas como “*cyberstalking*”.

Como procuramos demonstrar neste artigo, a recente regulamentação do *cyberstalking* pode beneficiar-se da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018), que tem como objeto a disciplina de toda e qualquer atividade que envolva o uso e o compartilhamento de dados pessoais nos meios digitais, pretendendo, com isso, salvaguardar direitos fundamentais como a liberdade e a privacidade, essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Embora a Lei Geral de Proteção de Dados não alcance estritamente a seara penal, ela cria instrumentos que coíbem práticas abusivas, com o foco principal nas grandes empresas, oferecendo, desde 2018, mecanismos indiretos de combate aos crimes virtuais que atentam contra a vida privada dos indivíduos.

Nesse sentido, o presente artigo analisa as contribuições da Lei Geral de Proteção de Dados quanto ao combate a crimes de stalking no âmbito virtual (ciberstalking), tendo como objetivo avaliar a proteção do direito à privacidade e à intimidade no contexto atual, marcadamente sensível diante das tecnologias de comunicação e informação.

2 DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

É consagrado pela doutrina a classificação didática dos direitos, divididos em gerações ou dimensões.

Historicamente, os direitos de liberdade integram-se nos direitos de primeira geração ou dimensão, caracterizando-se como uma reação positiva dos indivíduos contra o absolutismo estatal, razão pela qual foram os primeiros a serem exigidos do Estado. Essencialmente defensivos, **são direitos** cujo exercício garante ao indivíduo a não intromissão do Poder Público na sua esfera íntima (BONAVIDES, 2006, p. 516).

Nos Direitos de segunda geração ou dimensão, as necessidades humanas básicas estão associadas ao meio social e impõem ao Estado o dever de agir, tanto para proteção dos bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais contra a atividade (excepcionalmente, a omissão) de terceiros quanto para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efetivo desses bens jurídicos fundamentais (VALDUGA, 2009, p.18).

Na terceira geração ou dimensão de direitos, adquirem tutela jurídica fundamental o direito de solidariedade ou fraternidade. Para alguns doutrinadores, as novas demandas sociais abarcariam a terceira geração, inclusive no que concerne aos assim chamados “novos direitos da personalidade”, como a intimidade, a honra e a imagem, que ganharam destaque principalmente no contexto da modernidade tecnológica (VALDUGA, p. 19).

Alguns autores vão além das três dimensões ou gerações tradicionais e propugnam o reconhecimento de outras. A quarta dimensão seria o resultado da progressiva ampliação da tutela jurídica fundamental, que abrangeria os direitos relativos à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, temas que possuem vinculação direta com aspectos materiais da vida humana e com sua reprodução assistida. A quinta geração, por fim, seria composta de direitos advindos das tecnologias de informação (Internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral (VALDUGA, p. 22).

A evolução histórica do reconhecimento de direitos propiciou que se conceituassem os direitos fundamentais com melhor determinação, facilitando que os direitos do homem fossem reconhecidos nas democracias. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana surge como princípio jurídico que pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana, gerando, em sequência hierárquica, os seguintes preceitos: respeito à integridade física e psíquica das pessoas; consideração pelos pressupostos mínimos para o exercício da vida; e o respeito pelas condições mínimas e convivência social igualitária (AZEVEDO, ps. 01-22).

Assim, por influência da Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, a Constituição Federal de 1988 destaca um rol de direitos fundamentais em seu artigo 5º, os quais tem como objeto imediato a liberdade de um modo geral, incluindo-se, em seu âmbito de proteção: a) a liberdade de locomoção, pensamento, reunião, associação, profissão e ação; b) liberdades ligadas às atividades laborais e sua organização, como o direito de livre associação sindical e de greve; c) liberdades relacionadas à proteção contra o poder punitivo do Estado e de tutela de direitos subjetivos em matéria penal, como a presunção de inocência e a inviolabilidade do domicílio; d) por fim, liberdades ligadas aos direitos de exercício de domínio sobre bens e direitos, como a propriedade em geral, artística, literária e científica.

Um ponto importante de se ressaltar, quanto à demarcação dos direitos de liberdade em nosso ordenamento constitucional, é o fato de que o inciso X, do artigo 5º, prevê a garantia da inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Para o doutrinador José Afonso da Silva (2008, p. 88), a intimidade foi considerada um direito diverso do direito à vida privada, à honra e à imagem. Dessa forma, o legislador constituinte optou por uma teoria que entende como distintas a vida privada e a intimidade. Segundo o mesmo autor, a intimidade integra a esfera íntima da pessoa, pois comporta seus pensamentos, desejos e convicções, enquanto a vida privada significa o direito de o indivíduo ser e viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender (SILVA, 2008, p. 89).

No mesmo sentido, corrobora o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1992, p. 79):

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros.

Pode-se afirmar que o direito à privacidade é a projeção suprema dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade, em todas as suas acepções. Como tal, pertence à categoria de direitos da personalidade na medida em que permite o livre exercício e o desenvolvimento da pessoa humana, enaltecendo a sua dignidade (MAURMO, 2012, p. 44).

Para Alexandre de Moraes (2003, p. 224), os termos “vida privada” e “intimidade” apresentam grande interligação. Apesar deste apresentar menor amplitude e se encontrar no âmbito de incidência daquele, ainda assim a intimidade está diretamente relacionada “às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade”, enquanto que a vida privada tem um sentido mais abrangente, já que “envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.” (MORAES, 2003, p. 224).

Logo, a intimidade e a vida privada constituem o conjunto de informações pessoais submetidas a um regime jurídico de contenção, que abrange em seu âmbito de tutela certos direitos como o da exclusão do conhecimento alheio, controle de informação pessoal e limitação ao acesso pessoal (SAMPAIO, 1998, p. 240-242).

Dado que o direito à intimidade e à vida privada se apresentam como direitos de liberdade (SAMPAIO, 1998, p. 242), como tais geram responsabilidade e

obrigam os transgressores dos direitos de personalidade a arcarem com os danos morais e patrimoniais causados, além de sanções penais previstas.

Segundo Gonçalves (2011, p. 331), em um contexto como o atual, marcado pela superexposição, o que realmente interessa aos usuários de redes sociais é, de um modo geral, a popularidade, a notoriedade e a atenção conquistadas de um novo público. Da perspectiva do usuário, sequer é importante ou necessário conhecer totalidade das pessoas que integram ou interagem em sua rede social.

Dessa maneira, o avanço tecnológico possibilitou certa devastação na vida íntima das pessoas, facilitando a atuação de indivíduos mal-intencionados, tanto por meio da internet quanto de demais veículos de comunicação.

3 CRIME DE STALKING NO ÂMBITO VIRTUAL

O termo *stalking* é derivado de *tostalk*, que significa “perseguir”. Do ponto de vista histórico, não é possível afirmar que se trate de fenômeno tão recente quanto se imagina. Embora tenha ganhado visibilidade nas últimas décadas, devido às perseguições ocorridas com pessoas públicas, o assunto já vem sendo discutido, em maior ou menor grau, há um bom tempo. Conforme Caetano (2015):

Psicólogos e psiquiatras (...) conhecem essa ameaça há mais tempo: no século XIX, vários já escreveram sobre mulheres com fixação obsessiva que viajavam atrás de atores que idolatravam. Ocorre que nos anos 80, aerotomania – também chamada síndrome de Clérambault – foi classificada como distúrbio psíquico. Quem sofre dessa patologia parte do princípio irremovível de que é amado pela outra pessoa – mesmo que não haja nenhum motivo para que chegue a essa conclusão. O esforço incessante de entrar em contato com alguém é considerado uma das principais características da erotomania. Crime grave que por vezes é ignorado pela autoridade policial.

O *stalking* tem sido cada vez mais comum. Sua prática recai tanto sobre pessoas famosas quanto anônimas, e envolve a ação de um indivíduo que invade a esfera

de privacidade da vítima por meios violentos e de forma repetitiva, seja por ligações telefônicas e mensagens amorosas, seja pela frequência nos mesmos lugares e ambientes que a vítima costumeiramente frequenta, ou, ainda, por qualquer outro meio de contato com a pessoa que é objeto de desejo (VEIGA, 2007).

O stalking, observado sob a ótica primariamente criminológica, não é seguramente um fenômeno unitário e homogêneo. Apesar de sua descrição com locuções do tipo “atos persecutórios” ou “assédios insistentes”, é particularmente árduo circunscrevê-lo em uma fórmula geral e taxativa (MACRI, 2020, p. 383). De todo sorte, o fato é que muitos países já o tipificaram em seus diplomas legais. Inicialmente, coube aos Estados Unidos (EUA) o protagonismo legislativo. Trilharam o mesmo caminho, logo em seguida, países como Canadá, Austrália e Reino Unido, que aderiram, por meio de suas legislações, a medidas e práticas *antistalking*. Igualmente, no mesmo movimento, incluem-se países como Áustria, Alemanha e Itália. No Brasil, antes da efetiva criminalização do crime de perseguição, tal conduta, quando operada em desfavor de vítima mulher, podia ser enquadrada como violência doméstica, autorizando a aplicação de medidas protetivas nas hipóteses previstas na Lei Maria da Pena (Lei nº 11.340/2006).

Finalmente, no dia 31 de março de 2021, foi sancionada a Lei de Stalking (Lei nº 14.132/2021), que inseriu o artigo 147 – A, sob a rubrica de “perseguição”, criando um novo crime no Código Penal brasileiro. Porém, a jurisprudência brasileira já responsabilizava indivíduos com a conduta descrita pelo novo tipo penal. Até a sanção da presente lei, a prática de *stalking* era considerada contravenção penal, denominada como perseguição insidiosa, elencada no artigo 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41. Com criação da Lei Maria da Penha, posteriormente, admitiu-se a possibilidade de aplicação de medidas protetivas para coibir ações de perseguição perpetradas contra pessoa do gênero feminino.

Conforme assevera Veiga (2007), há casos de julgamentos relativamente antigos, ocorridos no Brasil, que puniam a prática de perseguição. Confira-se, nesse sentido, a 1.ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais do Distrito Federal,

na apelação Criminal n.º 20000110249925, de Relatoria do Juiz João Timóteo de Oliveira, julgada em 3.10.2000 e publicada no DJU de 21.11.2000, seção 3, página 39, julgou e condenou o réu pela prática da referida contravenção. Neste caso, o autor da infração, deixando repetidos recados na secretária eletrônica da vítima contendo ameaças e improperios, perturbou-lhe a tranquilidade, causando danos a seu estado emocional.

A jurisprudência trabalhista também já havia enfrentado litígios envolvendo a prática de perseguição, conformando-a na modalidade de assédio moral, em atendimento ao precedente do TRT da 18ª Região:

ASSÉDIO MORAL. STALKING. No assédio moral, na modalidade stalking, o assediador (stalker), dentre outras condutas, invade a privacidade da vítima de forma reiterada, causa danos à integridade psicológica e emocional do sujeito passivo, lesa a sua reputação, altera do seu modo de vida e causa restrição à sua liberdade de locomoção. No caso em tela, demonstrado que o stalker, vigiava os passos, controlava os horários e tirava fotos da reclamante quando acompanhada de outros homens, para dizer que estava traindo seu marido, faz jus à indenização por danos morais em razão do assédio moral sofrido, sendo o empregador responsável de forma objetiva, consoante art. 932, III do CC/02. (TRT18, ROT - 0010055-78.2019.5.18.0014, Rel. SILENE APARECIDA COELHO, OJC de Análise de Recurso, 19/03/2020).

No caso do *stalking*, a dificuldade de criminalização era latente porque não havia a consciencialização social de que o comportamento de perseguição deveria ser autonomizado, ganhando assim um ilícito criminal próprio, com gravidade bastante a incluir, em si, a demonstração da desaprovação pela sociedade da lesão ao bem-jurídico protegido, por meio da pena cominada (TEIXEIRA, 2017, p. 08). Ou seja, o critério básico deste processo de escolha deve orientar-se pelo princípio da *ultima ratio*, que, partindo da relevância do bem e da gravidade da lesão ao mesmo, reconhece e torna necessária a intervenção penal para coibição desse tipo de conduta (TEIXEIRA, 2017, p. 08).

Com o advento das tecnologias e aderência em massa às mídias sociais, o *stalking* passou a ser um fenômeno bastante recorrente. As razões são, em geral, as seguintes: a) facilidade de intrusão propiciada pelo ambiente virtual; b) proteção ao criminoso, garantida pelo anonimato dos perfis *fakes* nas redes sociais; c) vulnerabilidade das informações, na maioria das vezes disponibilizadas pela própria vítima. Para designar esse fenômeno de perseguição em âmbito virtual, criou-se o termo *cyberstalking*. A legislação atual contra a prática de *stalking* (Lei n.º 14.132/2021), não descuidou deste tipo de modalidade de perseguição, contemplando dispositivos que alcançam os crimes praticados nas mídias sociais (BRASIL, 2021).

Análogo ao *stalking*, a versão cibernética deste crime surgiu no mundo ocidental durante o último século, resultado do progressivo reconhecimento do *stalking* e da acentuada difusão das Tecnologias de Informação e Comunicação (TEIXEIRA, 2017, p. 10). Esta crescente evolução tecnológica veio a fomentar o contato entre as pessoas e, conseqüentemente, a intrusão, ocasionado muitas situações de *cyberstalking*.

As condutas ilegais ocorridas no meio informático são chamadas de diversos nomes, como cibercrimes, crimes virtuais, crimes digitais ou crimes eletrônicos. São, em sua maioria, crimes reais facilitados por ferramentas digitais, como a Internet. Logo, o meio de materialização é o virtual (PINHEIRO, 2016, p. 379). Dessa forma, o Direito Penal, que tem como função principal garantir a proteção dos bens jurídicos, deve atentar-se para as práticas delitivas cometidas por meio eletrônico, uma vez que elas oferecem tantos riscos quanto os delitos “reais”, com a única diferença quanto ao meio empregado, já que se utilizam de novos *modi operandi* (CRESPO, 2011).

Uma das classificações de *stalkers* mais utilizadas é a de Paul E. Mullen e colaboradores. A equipe realizou um estudo com 145 *stalkers*, num centro psiquiátrico, na Austrália, dividindo estes indivíduos em cinco categorias relativas ao contexto e à motivação dos mesmos em iniciar ou manter seus comportamentos persecutórios.

Conforme Mullen, Pathé e Purcell (2010, p. 140), existiriam cinco grupos de *stalker*, cada um com um perfil, composto por: 1) o *stalker* rejeitado, oriundo de uma ruptura relacional, que tem como vítimas preferenciais os ex-parceiros íntimos, mas que podem estender a perseguição para pessoas com quem travam relações de amizade ou com quem atuam profissionalmente; 2) o *stalker* que busca intimidade, cuja motivação subjacente é a fantasia relativa a um desconhecido (ou alguém com quem manteve uma relação meramente casual) com o qual pode ou pretende estabelecer uma relação íntima; 3) o *stalker* de tipo inapropriado, caracterizado por sujeitos que não se encontram bem inseridos na sociedade, e que acabam desenvolvendo sentimentos de solidão que, por sua vez, provocam-lhe a necessidade de se aproximar de uma pessoa qualquer, por quem, normalmente, terminam nutrendo uma atração; 4) o *stalker* ressentido/rancoroso, que desenvolve sentimentos interiores de revolta e humilhação e é movido por sentimentos como a vingança; 5) e, por fim, o *stalker* predador, considerado um dos tipos mais perigosos por ser o que mais se aproxima do perfil de agressor sexual.

Conforme preconiza Damásio de Jesus (2021), são seis o número de atos comportamentais peculiares ao *stalker*: primeiro, a invasão de privacidade da vítima; segundo, a repetição de atos; terceiro, o dano a integridade psicológica e emocional do sujeito passivo; quarto, a lesão à sua reputação; quinto, a alteração do seu modo de vida; e sexto, a restrição à sua liberdade de locomoção.

Deste modo, além de danos patrimoniais, há os possíveis danos morais, sejam apenas os suportados pela vítima, como também aqueles que atingem indiretamente a seus amigos, familiares, companheiro e/ou qualquer outra pessoa que constitua ou possa constituir um obstáculo para o perseguidor. Nesse sentido, segundo Ademir da Veiga:

Os efeitos potenciais de stalking atingem a saúde mental e emocional da vítima infligindo-lhe uma negação ou dúvida, ou seja, a vítima não acredita o que lhe está acontecendo. Em seguida, ao perceber a gravidade do fato, a vítima é tomada de uma frustração, culpa, vergonha, baixa autoestima,

insegurança, choque e confusão, irritabilidade, medo e ansiedade, depressão, raiva, isolamento, perda de interesse, em continuar desenvolvendo suas atividades corriqueiras, sentimentos suicidas, perda de confiança em sua própria percepção, sentimento violento para com o Stalker, habilidade diminuída ao executar o seu trabalho ou escola, ou de realizar tarefas diárias. Isso tudo causa efeitos potenciais da saúde psicológica da vítima de stalking como distúrbios do sono, problemas sexuais e de intimidade, dificuldade de concentração, fadiga, fobias, ataques de pânico, problemas gastrointestinais, flutuação do peso, automedicação e desordem pós-traumática do estresse (2007, p. 02).

Quanto a sua classificação jurídica, o *stalking* é considerado crime comum, pois o sujeito ativo é qualquer pessoa, independente de alguma especial qualidade. Assim, o delito pode ser perpetrado tanto por homens como por mulheres. Entretanto, estatisticamente, entende-se como mais comum sua prática por homens contra mulheres, envolvendo, muitas vezes, questões relativas à violência doméstica e familiar contra a mulher. Aliás, diga-se de passagem, essa problemática advinda da violência doméstica contra a mulher foi a principal razão que motivou a sanção da recente Lei de Stalking (Lei n.º 14.132/2021). Porém, não apenas mulheres, mas homens também podem ser vítimas de perseguição, seja por outros homens ou mesmo por mulheres.

Sobre o perfil das vítimas, a *National Violence Against Women (NVAW)*, por meio de pesquisa recente, constatou que as mulheres, durante toda a sua vida, têm maior probabilidade de serem vítimas de *stalking*, quer por desconhecidos quer por conhecidos, e que 90% dos perpetradores são homens.

Quanto ao aspecto da subjetividade da conduta de *stalking*, trata-se de crime que só pode ser cometido na forma dolosa. Desse modo, o agente deve querer o resultado de sua conduta e saber que ao praticá-la estará a atingir a esfera privada da vítima. Se mesmo assim tiver vontade de prosseguir com a realização do ilícito, revela atitude de indiferença perante a liberdade e saúde da vítima. Exceção é o caso de um inimputável que, por doença mental ou desenvolvimento mental

incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, hipótese de exclusão da pena e consequente aplicação de medida de segurança (TEIXEIRA, 2017, p. 33).

4 AS CONTRIBUIÇÕES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) AO COMBATE AOS CRIMES DE STALKING

Embora Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 13.709/2018) tenha um caráter de certa forma mais comercial – pois visa principalmente a proteção da privacidade entre indivíduos e empresas – do que a Lei de Stalking (Lei n.º 14.132/2021), a primeira contribuiu fortemente para urgência em se regulamentar condutas de caráter criminoso no meio virtual.

Ambas as leis são oriundas do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que 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. Afinal, um longo percurso histórico teve de ser percorrido até que a privacidade pudesse ser reconhecida como um bem jurídico digno de tutela Estatal (OLIVEIRA, 2019).

A Lei geral de proteção de dados, no artigo 2º, usa como fundamento:

- Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
- I - o respeito à privacidade;
 - II - a autodeterminação informativa;
 - III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
 - IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
 - V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
 - VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
 - VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018)

A lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, principalmente no meio virtual, regulando, assim, comportamentos excessivamente invasivos e perturbadores quanto à intimidade e à dignidade. Na prática, a LGPD foi criada para proteger a privacidade das pessoas físicas para que os dados pessoais dos titulares não sejam furtados ou utilizados de forma não transparente por terceiros, situações em que a lei se aplica (BURKART, 2021, p. 35).

Nota-se os expressivos impactos desta nova norma, tanto no aspecto da tutela da privacidade e proteção dos dados pessoais de seus respectivos titulares, quanto, naturalmente, na atividade empresarial, considerando que a LGPD impõe uma série de diretrizes para que o tratamento de dados seja realizado de forma lícita (OLIVEIRA et al. 2019).

Esse impacto de mudanças resultante da LGPD é expressivo. No entanto, o direito digital brasileiro vem se desenvolvendo lentamente no que tange às normas e regulamentações. Vejamos o seu retrospecto. Com o amadurecimento do direito de propriedade intelectual e a convenção de Berna, o Brasil promulgou a Lei de direitos autorais (Lei Nº 9.610, de 1998). Após 12 anos de intervalo, criou-se a Lei de acesso à informação, visando a transparência de dados gerados pelo e para o governo brasileiro. Em seguida, para regulamentar a internet, surgiu o Marco civil da internet (Lei nº 12.965 de 2014), fomentando a discussão sobre a proteção de dados (BURKART, 2021, p 38).

Enquanto o Marco Civil da Internet legisla exclusivamente sobre o âmbito das relações via internet, a LGPD aprofunda o tema e estende a proteção de dados do meio digital ao físico (LANGEN, 2020, p. 39). Até então, não havia nenhum tipo de controle sobre o cuidado empregado no tratamento dos dados cuja transação fosse efetuada fora dos meios digitais, ainda que existissem outras normativas em diferentes leis, tais como o Código de Defesa do Consumidor, as leis do Cadastro Positivo, de Acesso à Informação e a garantia fundamental à vida privada assegurada pelo artigo 5º da Constituição Federal Brasileira (LANGEN, 2020, p. 40).

O Marco Civil da Internet resulta da atuação da sociedade civil brasileira na tentativa de evitar que o Poder Legislativo regulamentasse a internet usando leis penais, garantindo uma base no que se refere aos direitos e às garantias dos cidadãos no mundo virtual (LANGEN, 2021, p. 41).

Assim, com o advento da LGPD, diversos especialistas e juristas usavam os fundamentos da lei de proteção de dados, além do Marco Civil da Internet, como formas de garantir a responsabilização dos demais crimes virtuais, incluindo o *cyberstalking*. Trata-se de mais um marco normativo no Brasil, porquanto introduz uma nova engenharia jurídica para a gestão e proteção de informações pessoais das pessoas físicas no ordenamento jurídico pátrio, inserindo um conjunto de normas e princípios que buscam tutelar direitos fundamentais constitucionais (BURKART, 2021, p. 40).

É possível dizer, nesse sentido, que a LGPD é uma “super norma”, destinada e aplicável em todos os ramos do Direito. Verdadeiramente, ela se apresenta como um instrumento jurídico fundamental que protege a privacidade dos indivíduos inseridos nessa realidade de circulação de informações em altíssima velocidade, e que, na maioria das vezes, ocorre sem qualquer controle, trazendo consequências indesejadas para o titular desses dados (LAGEN, 2021, p. 43).

CONCLUSÃO

Embora a prática de *stalking* tenha sempre existido, o advento das tecnologias de informação virtual (principalmente pelas mídias sociais) facilitou consideravelmente a sua prática. A criminalização do *cyberstalking*, por sua vez, possibilitou a repressão de atos atentatórios à intimidade e à privacidade que, antes do advento da Lei n.º 14.132/2021, eram de difícil punição, dado a ausência de tipo penal específico e dificuldades de ordem investigativa decorrentes do anonimato possibilitado pelas mídias sociais, usadas para destruir a tranquilidade e a vida privada de inúmeras vítimas. A privacidade, a honra e a intimidade, bens jurídicos inerentes aos seres humanos e garantias constitucionais, necessitavam de uma proteção efetiva contra perseguições em ambiente virtual.

Mesmo sem poder coercitivo, a Lei Geral de Proteção de Dados (2018) revelou-se um importante contributo para a criminalização do crime de *cyberstalking*, antecipando a regularização de determinadas ações no meio virtual que ajudaram a garantir a proteção, a intimidade e a dignidade das pessoas físicas, abrindo o caminho para que novas leis, de matéria penal, estendessem a tutela da intimidade no *cyberespaço*.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. In: Revista Tridimensional de Direito Civil (RTDC). Rio de Janeiro: Padma. Vol. 1, 2000.

ALEXANDRE DE MORAES, **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

BURKART, Daniele Vincenzi Villares. **Proteção de dados e o estudo da LGPD**. Dissertação (Mestrado)–Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Bauru, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados. Lei n.º 13.709/2018**. Acesso em 10 de novembro de 2021. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

BRASIL. **Lei de Stalking. Lei n.º 14.132/2021**. Acesso em 10 de novembro de 2021. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14132.htm

CAETANO, Eduardo Paixão. **Perseguição obsessiva que ofende os valores de direitos humanos, o crime de stalking**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 01 dez 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/coluna/2089/>

perseguição-obsessiva-que-ofende-os-valores-de-direitos-humanos-o-crime-de-stalking. Acesso em: 01 dez 2021.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo, SP: Saraiva, 2011. E-book.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 1, p. 77-90, 1992.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a internet**. Limites constitucionais e processuais. Revista de direito privado, São Paulo, v. 48, n. 12, 2011.

JESUS, Damásio de. **Stalking**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking> Acesso em: 11 nov. 2021.

LANGEN, Talita da Silva Carlos. **LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: Diagnóstico do grau de conformidade em Micro e pequenas empresas**. Dissertação – Mestrado. Campo Limpo Paulista - SP: UNIFACCAMP, 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo, SP: Saraiva, 2016. E-book

MAUGERI, A. M. **Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica**. Torino: Giappichelli, 2010.

MAURMO, Juliana Gomes Pereira. **Intimidade e vida privada: uma necessária distinção para a correta proteção dos direitos de personalidade**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado – PUC-SP. 2012.

MULEN P., PATHÉ M., PURCELL. R. M., Apud, GRANGEIA H., MATOS M., **Stalking: Consensos e Controvérsias** (p.123-160), em Novas Formas de Vitimação Criminal, coord. Carla Machado, Psiquilíbrios, Edições, 1ª Edição, 2010 p. 140-141.

OLIVEIRA, A. P. de. et al. **A lei geral de proteção de dados brasileira na prática empresarial.** Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Curitiba, v. 4, n. 1, maio, 2019. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wpcontent/uploads/2019/05/revista-esa-cap-08.pdf> Acesso em: 18 nov. 2021.

SAMPAIO, José Adércio de Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEIXEIRA, Lígia Prudêncio. **O crime de Stalking.** Dissertação de Mestrado. Universidade Católica Portuguesa. 2017.

VALDUGA, Fernando. **O direito fundamental à intimidade e à vida privada nas relações de emprego: limitações ao poder diretivo do empregador no ambiente de trabalho.** Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito. Dissertação - Universidade de Caxias do Sul. 2009.

VEIGA, Ademir Jesus da. **O crime de perseguição insidiosa (stalking) e a ausência da legislação brasileira.** 2007. Disponível em: <https://veiga.blogs.unipar.br/?p=3> Acesso em: 11 de novembro 2021.

31 - 51

Artigo

**DIREITO À PRIVACIDADE DIGITAL E À PROTEÇÃO DOS DADOS
PESSOAIS**

ADEMIR MACEDO LIMA SOBRINHO, MARCELO LEANDRO PEREIRA LOPES

DIREITO À PRIVACIDADE DIGITAL E À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

RIGHT TO DIGITAL PRIVACY AND THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

ADEMIR MACEDO LIMA SOBRINHO

Graduando em Direito pela Unifacid Wyden. E-mail: ademirmls95@gmail.com

MARCELO LEANDRO PEREIRA LOPES

Professor Orientador: Marcelo Leandro, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2002). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2011). É diretor-presidente da Fundação de Incentivo à Pesquisa, professor efetivo do Centro Universitário Uninassau Teresina, professor do Centro Universitário Integral Diferencial - Unifacid, professor da Faculdade Pitágoras ICF, além de professor de diversas pós-graduações, escritor de artigos científicos e revisor de revistas científicas nacionais. Tem experiência na área de gestão acadêmica e Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito digital, direitos humanos, direito internacional, cidadania, proteção de dados e compliance. E-mail: marcelolp1@hotmail.com

RESUMO: O objetivo deste trabalho é analisar os direitos que surjem da Proteção de Dados Pessoais inerentes ao indivíduo possuidor de dados que se mostra cada vez mais desamparado, em uma realidade cada vez mais hodierna com a presença de uma massiva interconexão, busca-se então que a efetivação na aplicação daquele, ocorra principalmente através dos meios coercitivos da responsabilização civil e administrativa, garantindo assim alguns direitos constitucionais, sejam eles o direito da dignidade da pessoa humana, da personalidade e da privacidade. A originalidade deste trabalho se dá principalmente pelo contemporâneo surgimento da Lei de Proteção aos Dados Pessoais nº13.709/18 no Brasil e pelas poucas análises acadêmicas desse mecanismo, demonstrando dessa forma as garantias que o titular dos dados possui na atual legislação brasileira. O método adotado no presente trabalho foi o de pesquisa exploratória, visando primordialmente a análise da Lei Geral de Proteção aos Dados Pessoais nº 13.709/18 e da Emenda Constitucional n.17/2019.

Palavras-chave: Responsabilização; Análise; Dados Pessoais; Proteção; Lei nº 13.709/18.

ABSTRACT: The objective of this work is to analyze the rights that arise from the Protection of Personal Data inherent to the individual possessor of data that is increasingly helpless, in an increasingly modern reality with the presence of a massive interconnection, it is then sought that the effectiveness in the application of that, occurs mainly through the coercive means of civil and administrative accountability, thus ensuring some constitutional rights, whether they are the right to human dignity, personality and privacy. The originality of this work is mainly due to the contemporary appearance of the Law of Protection of Personal Data nº13.709/18 in Brazil and the few academic analyses of this mechanism, thus demonstrating the guarantees that the data subject has in the current Brazilian legislation. The method adopted in this work was exploratory research, aiming primarily at the analysis of the General Law of Protection of Personal Data nº 13.709/18 and Constitutional Amendment n.17/2019.

Keywords: Accountability; Analysis; Personal Data; Protection; Law nº 13,709/18.

1 INTRODUÇÃO

Com a globalização e o desenvolvimento de novas tecnologias, a preocupação com a proteção do indivíduo enquanto sujeito de direito tem sido cada vez maior. Isso fez com que surgissem questionamentos sobre a segurança dos dados pessoais. Vale ressaltar que, nas últimas décadas, os direitos mais violados na internet foram os direitos à privacidade, decorrente do surgimento da era digital, principalmente pela divulgação de dados pessoais, informações sigilosas de Estados e demais interferências.

É cediço que o amplo sistema de dados digitais tem gerado um processo de análise das pessoas, que cada vez mais ficam com sua privacidade violada. Fazendo com que surjam grandes bancos de dados sobre a vida dos indivíduos, sem sua permissão e até sem seu conhecimento.

Sendo assim, o presente artigo teve por objetivo analisar e expor a importância de uma legislação específica sobre o tratamento e a proteção dos dados pessoais na internet, visando garantir o direito da dignidade da pessoa humana, da personalidade e da privacidade, que são assegurados pela Constituição Federal de 1988, assim como a nova Lei de Proteção aos Dados Pessoais, repelindo quaisquer riscos e violações pelo uso inadequado dos dados do titular .

Portanto, o presente estudo procurou demonstrar os benefícios da LGPD no Brasil, bem como a importância da responsabilidade civil e administrativa como uma forma de garantir a sua eficácia e aplicabilidade, mostrando-se então como um meio de impor sanções contra aqueles que usem e violem os dados pessoais.

2 DIREITO À PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Atualmente, com o grande progresso da humanidade, a transmissão de dados tem passado por imensas modificações, ficando isso evidente com a presença dos meios digitais. Diante disso, o acesso à informação vem cada vez mais crescendo com o desenvolvimento nas diversas áreas tecnológicas, o que permite e facilita cada vez mais na sua coleta e processamento.

Nesse contexto, é notória a necessidade de uma análise jurídica sobre esse ponto em questão, trazendo assim a segurança entre os diversos tipos de troca de informações e dados entre os usuários. Dessa forma, surge a presença de sistemas regulatórios para a governança do ciberespaço e o real motivo para que se observe a grande importância desses meios normativos para a proteção do direito à privacidade e à inviolabilidade dos dados pessoais.

A privacidade pode ser entendida como um direito fundamental, pessoal e íntimo de um indivíduo ou de um grupo de pessoas. Para Gregori e Hundertmarch :

O direito à privacidade deve ser compreendido como um direito inerente à pessoa humana, o que faz com que determinados elementos pessoais não sejam tornados públicos a comunidades. Tal direito decorre do fato da própria existência do direito de personalidade, decorre da cultura do ser humano, pela qual determinadas informações de cunho pessoal não podem e nem devem ser tornadas públicas. (GREGORI e HUNDERTMARCH, 2013).

À vista disso, a privacidade está presente em várias matérias de direito no ordenamento jurídico brasileiro e na CF/88, tratando aquela do direito à intimidade e à vida privada, entendendo-se que a privacidade seria como um sinônimo do termo intimidade, sendo esta espécie daquela. Esse direito também está totalmente ligado a outro, chamado de direito à personalidade, que é nada menos do que as características e os comportamentos do indivíduo na sociedade, sendo próprias de cada ser humano, não sendo um direito qualquer.

Portanto, como o próprio Paesani (2003) expõe, o direito à privacidade está presente na defesa da personalidade humana. “Esse direito vem assumindo, aos poucos, maior relevo, com a expansão das novas técnicas de comunicação, que colocam o homem numa exposição permanente.” (PAESANI, 2003, p. 49)

Sendo assim, fica explícito que a inviolabilidade dos dados pessoais é um assunto que vem ganhando cada vez mais atenção, devido a sua grande importância para a sociedade. Desse modo, é importante mencionar que é por meio da

proteção da privacidade que se tem a verdadeira efetivação das garantias constitucionais .

2.1 DADOS PESSOAIS E A SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DA PERSONALIDADE

De acordo com o artigo 5º, inciso I da Lei Geral de Proteção aos Dados Pessoais n.13.709/2018, podem ser considerados dados pessoais qualquer “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Dessa forma, entende-se que dados pessoais são todos e quaisquer elementos que possam identificar uma pessoa, seja de forma direta ou indireta.

Além disso, pode-se entender que o conjunto de dados digitais sobre uma determinada pessoa fazem com que surja o que se chama de uma projeção da personalidade, uma vez que é composta por singularidades de cada indivíduo, sendo possível a sua identificação social. Isso reforça ainda mais a necessidade de que haja uma regulamentação, de maneira que ampare a proteção da vida privada, tendo em vista que a exploração desses dados viola o direito à personalidade humana, como menciona o caput do art. 1º da lei em questão, a qual seu papel é:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).

Dessa forma, garantir a privacidade das pessoas é sobretudo proteger a liberdade e, como consequência disso, a própria dignidade e personalidade da pessoa humana, de forma integral. A partir dessa garantia, as pessoas poderão desenvolver sua personalidade de forma livre e sem interferências alheias, agindo então de forma autônoma. Em relação a isso a LGPD trouxe uma importantíssima previsão legal em seu artigo 2, inciso VII, na qual garante o “ livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.”

1.2 LEI GERAL DE PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS N. 13.709/18

A presente lei surge com a real motivação de tutelar e proteger os direitos fundamentais sem, contudo, impedir o desenvolvimento das tecnologias contemporâneas que utilizam dados. Destarte, a proteção refere-se aos dados pessoais e, como já mencionado anteriormente, sendo direcionada para a pessoa humana que porventura possa ser identificada ou identificável.

Posto isto, tem-se de acordo o entendimento de PINHEIRO (2018, p. 16):

O espírito da lei foi proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo a premissa da boa-fé para todo tipo de tratamento de dados pessoais, que passa a ter que cumprir uma série de princípios, de um lado, e de itens de controles técnicos para governança da segurança das informações, de outro lado, dentro do ciclo de vida do uso da informação que identifique ou possa identificar uma pessoa e esteja relacionada a ela, incluindo a categoria de dados sensíveis

A LGPD deixa bem claro que seu principal objetivo é resguardar os direitos do proprietário dos dados, levando-se em conta a sua privacidade, personalidade e dignidade. Por conseguinte, o seu papel jamais será impedir a liberdade de informação ou quaisquer meios de comunicação, ou até mesmo o desenvolvimento econômico na sociedade. Por esse motivo, não há como deixar de apresentar, de forma detalhada, alguns dispositivos normativos dela, visando demonstrar sua composição e seus pontos essenciais .

PUGLIESI (2015, p. 10) trata da mudança emblemática, pela qual a sociedade moderna está passando, da seguinte maneira:

O novo é permanentemente criado e a novidade traz em si a obsolescência do velho que, de fato, sempre persiste – gerando tensões de caráter organizacional extremamente complexas. O modo de produção transita do capitalismo industrial para a sociedade do conhecimento, ou como parece se impor:

sociedade de dados. A produção de uma massa enorme de informações e informes, a possibilidade de armazenagem em nuvens, os motores de busca cada vez mais refinados e a onipresença de inteligência artificial no controle de processos – transformam o tempo, com a radicalidade tolerável a cada tempo.

Em vista disso, é evidente que a movimentação dos dados pessoais cresce cada vez mais, seja por iniciativas dos próprios titulares, seja pelas grandes empresas. Logo, esse cenário expõe dia após dia o indivíduo, não havendo assim outra solução, a não ser a atuação do próprio Estado para que aja em favor da proteção dos dados pessoais.

Apresentadas as considerações iniciais, passa-se a analisar as disposições da LGPD, sendo sancionada de forma parcial, no dia 14 de agosto de 2018. Assim, posteriormente, outros artigos entraram em vigor, chegando ao total de 65 artigos.

No primeiro artigo da lei em questão, há a tutela de direitos fundamentais, a qual visa a proteção de direitos já previstos constitucionalmente, sendo eles da liberdade, da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade humana. Conforme o escritor Rafael Ferreira, “todos os estudos sobre a proteção dos dados pessoais levaram à concepção de um novo direito: a identidade informacional. Como qualquer outro direito da personalidade, está sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana” (FERREIRA, 2018. p. 120). Dessa forma, ressalta-se mais uma vez que a proteção dos dados das pessoas naturais é um direito fundamental garantido pela própria Constituição Federal de 1988.

Ademais, em seu segundo artigo, fala-se sobre os fundamentos que norteiam a proteção de dados, sendo eles: respeito à privacidade; autodeterminação informativa; liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; desenvolvimento econômico, tecnológico e inovação; livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor; direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Observa-se que alguns desses fundamentos também estão, de certa forma, previstos na CF/88, como por exemplo o do respeito à privacidade, que tem relação com o direito individual à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações, elencadas no artigo 5º, XII, ou o da liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, tendo previsão legal no seu inciso IX do artigo 5º, na qual “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Nessa perspectiva, o artigo 3º da LGPD descreve que ela é aplicável a qualquer tipo de operação de tratamento de dados, desde que tenha sido realizada no território nacional e atendidos os seguintes requisitos: que os dados tenham sido coletados no território nacional; a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional.

Vale enfatizar que a LGPD possui um alcance de extraterritorialidade, sendo esse na mesma proporção que os dados são tratados no Brasil, desde que a coleta tenha ocorrido em território nacional ou por oferta de produto ou serviço para indivíduos no território nacional ou que estiver no Brasil.

Em seguida, no artigo 4º, é tratado sobre as exceções de sua aplicação, sendo que esta não será utilizada para o tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, bem como os que possuem fins exclusivamente jornalísticos, artísticos, acadêmicos, de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais.

No artigo 5º são apresentadas algumas definições do conteúdo abordado na lei, como o conceito de dado pessoal, dado pessoal sensível, dado anônimo, entre outros.

No sexto artigo, tem-se como essencial o tratamento de dados à obediência a alguns princípios, quais sejam: boa-fé, finalidade, adequação, necessidade,

livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

De início, a presença do princípio da boa-fé traz um entendimento de que todos aqueles que atuam no tratamento de dados devem agir conforme a lei. Nesse cenário, o autor Pezzela postula que:

A boa-fé subjetiva é a consciência ou a convicção de se ter um comportamento conforme o direito ou conforme a ignorância do sujeito acerca da existência do direito do outro. Já a boa-fé objetiva permite a concreção de normas impondo que os sujeitos de uma relação se conduzam de forma honesta, leal e correta”. (PEZZELLA, 1997, p. 199)

Logo depois, aborda-se o princípio da finalidade, tendo uma ideia de que todo tratamento deverá ter objetivo legal e que de início seja devidamente informado ao titular, assim sendo, no princípio da adequação, o tratamento de dados deve ser compatível com as finalidades informadas ao titular. Já os demais princípios são autoexplicativos.

Em relação aos controladores ou operadores dos dados, estes deverão seguir alguns requisitos expressos no artigo 7º, como o de consentimento do titular de fornecer ou não seus dados. Em vista disso, há também outros artigos, como os expostos a seguir.

No artigo 8º mostra-se que para que haja o tratamento, é necessária a vontade expressa do titular, sendo essa por escrito ou por qualquer outro meio que a demonstre.

Logo adiante, o artigo 11º traz a demonstração dos limites do uso dos dados pessoais, sendo permitido apenas quando o próprio dono dos dados consentir, de forma expressa ou em outros casos como a lei dispuser.

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;(BRASIL,2018)

Após o término do tratamento citado, os artigos 15º e 16º tratam em que hipóteses se dará este, sendo :

Art. 15. O término do tratamento de dados pessoais ocorrerá nas seguintes hipóteses:

I - verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada;

II - fim do período de tratamento;

III - comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do art. 8º desta lei, resguardado o interesse público; ou

IV - determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto nesta lei. (BRASIL,2018)

Por fim, aborda-se a vigente lei em questão, a existência das boas práticas e de governança que poderão ser feitas em especial pelos próprios controladores e operadores, referidas nos artigos 50º ao 51º:

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

À vista disso, após a criação da referida lei, foi possível observar algumas características centrais como a transparência, liberdade e tutela jurídica em

relação aos direitos fundamentais. Isso mostra dos dispositivos criados a relação do titular com os agentes de tratamento tem se tornado cada vez mais segura e capaz de proteger os direitos constitucionais das pessoas em relação aos seus dados.

Desse modo, é importante ressaltar que a LGPD trouxe um grande avanço para o sistema jurídico brasileiro sobre a proteção de dados. Isso fortalece os negócios jurídicos e a confiança das pessoas nas demandas do atual mundo tecnológico e globalizado, além de servir como impulso para as novas formas de legislação que envolvam esses serviços.

3 PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Sabe-se que, com a institucionalização do direito na forma constitucional, há a concretização desse direito na norma suprema, garantindo a sua eficácia e aplicabilidade com a devida segurança jurídica de um direito a nível constitucional. Destarte a proteção dada ao direito dessa natureza tem um caráter hierarquicamente superior no ordenamento jurídico brasileiro, com maior força e efetividade.

Isto posto, pode-se dizer que o direito fundamental à proteção de dados proporciona um direito expresso na defesa do ser humano, como um dever de proteção por parte do Estado. Nessa mesma direção tem-se que:

O Tribunal formulou, assim, uma tutela constitucional mais ampla e abstrata do que o direito à inviolabilidade da esfera íntima e da vida privada. Essa tutela poderá ser aplicada em inúmeros casos futuros envolvendo a coleta, o processamento e o compartilhamento de dados pessoais no Brasil. O conteúdo desse direito fundamental exorbita aquele protegido pelo direito à privacidade, pois não se limita apenas aos dados íntimos ou privados, ao revés, refere-se a qualquer dado que identifique ou possa identificar um indivíduo (MENDES; FONSECA, 2020, p. 473).

Dessa forma, foi com a promulgação da Emenda Constitucional nº115/2022, que esta teve origem, no ano de 2019, com Projeto de Emenda Constitucional nº17, que alterou a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais. Tal fato fez com que surgissem algumas mudanças, como a fixação da competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais, previsão esta inclusa no artigo 22º, XXX, da CF/88.

Assim, acrescentou-se também um novo inciso no caput do art. 5º, LXXIX da CF/89, garantindo que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Portanto, a proteção dos dados pessoais passou ao nível de cláusula pétrea constitucional, ingressando no rol dos direitos fundamentais e inalienáveis, em conjunto com o direito à vida, à liberdade, à segurança, à personalidade, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Houve um outro acréscimo na CF/88, esse previsto no art. 21, do inciso XXVI, no qual compete à União organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais. Isso garante o papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD em todo o território nacional.

Conseqüentemente, essa incorporação à Carta Magna do direito à proteção dos dados pessoais é nada mais que uma resposta ao grande avanço da tecnologia, principalmente no campo digital, garantindo ao cidadão brasileiro que a inviolabilidade de seus dados pessoais é algo fundamental, que merece total segurança e respaldo da nossa carta magna. Nessa perspectiva, Sarlet e Saavedra (2020, p. 44-45) indicam para o fato de grande importância, visto que a positivação formal da proteção de dados como um direito fundamental carrega consigo uma visão positiva adicional, fazendo com que o atual panorama jurídico no Brasil melhore consideravelmente.

Nesse sentido, tem-se o que os juristas Giovanni Agostini Saavedra e Ingo Wolfgang Sarlet, destacam:

a) a despeito das interseções e articulações com outros direitos, fica assegurada à proteção de dados a condição de direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção próprio; b) ao direito à proteção de dados passa a ser atribuído de modo inquestionável o pleno regime jurídico-constitucional relativo ao seu perfil de direito fundamental em sentido material e formal já consagradas no texto da CF, bem como na doutrina e na jurisprudência constitucional brasileira, ou seja: 1) como parte integrante da constituição formal, os direitos fundamentais possuem status normativo superior em relação a todo o restante do ordenamento jurídico nacional; 2) na condição de direito fundamental, assume a condição de limite material à reforma constitucional, devendo, ademais disso, serem observados os assim chamados limites formais, circunstanciais e temporais, nos termos do art. 60, §§ 1 a 4º, da CF; 3) também as normas relativas ao direito à proteção de dados são – nos termos do art. 5º, § 1º, da CF – dotadas de aplicabilidade imediata (direta) e vinculam todos os atores públicos, bem como – sopesadas as devidas ressalvas, consoante será tratado em tópico específico – os atores privados. (SARLET e SAAVEDRA, 2020, p. 45)

Portanto, a EC 115/2022 da proteção dos dados pessoais está contida juntamente com as garantias individuais, sendo parte agora dos direitos fundamentais já consagrados, garantindo sobretudo a segurança jurídica que se faz urgente em uma sociedade marcada por demandas cada vez mais digitais e por uma legislação ainda incipiente sobre esse universo tecnológico contemporâneo.

4 DIREITOS DO TITULAR DOS DADOS

A crescente utilização de dados pessoais para as mais variadas atividades, como identificação, autorização, transmissão, entre outras, fez com que surgisse a preocupação com a implementação de mecanismos que garantam a efetiva proteção aos direitos fundamentais do titular.

Com isso, a nova LGPD traz no seu sistema normativo a titularidade de dados, como direito essencial para a efetivação da proteção de dados pessoais enquanto

direito fundamental. Por essa razão, merece uma maior atenção, concernente às barreiras da lacuna normativa previamente existente, no campo regulatório e de proteção ao titular dos dados.

É justamente com o objetivo de garantir os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, além da proteção ao titular é que surge um ponto específico presente no capítulo III da nova lei, que possui alguns pontos principais, como por exemplo: de acesso, correção, anonimização, portabilidade, eliminação, entre outros.

Em outras palavras, o titular dos dados pessoais recebe total atenção e amparo legislativo para que seja garantida a ele a confirmação da existência de tratamento de seus dados. Dessa forma, fica mais fácil para ele o acesso às informações sobre esse tratamento, bem como a possibilidade de exigir do agente de tratamento desses dados, a qualquer momento e mediante requisição, dos direitos estipulados anteriormente.

Então, a correção de dados acontecerá quando estes forem incompletos, inexatos ou desatualizados, dispositivo este que tem por objetivo garantir a precisão dos dados dos titulares, a fim de que se evite quaisquer riscos relacionados a problemas de identificação. Além disso, tem-se também o direito de anonimização de dados pessoais desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a LGPD, na qual um dado perde a possibilidade de identificar um titular.

O titular poderá, ainda, requerer a portabilidade, podendo aquele transferir seus dados pessoais de um controlador para outro, ficando o agente de tratamento responsável por disponibilizar os dados de forma estruturada que permita e facilite sua transferência. O outro benefício é o da revogação do consentimento que tenha fornecido anteriormente, que poderá ser feito a qualquer momento.

Além dos direitos já mencionados, o titular também terá conhecimento de qualquer obtenção de informações sobre as entidades públicas e privadas com as quais o controlador tenha realizado o compartilhamento de seus dados pessoais.

Destarte ele será notificado antes da coleta de seus dados e independentemente de qualquer solicitação, para que se manifeste acerca da possibilidade de não fornecer o consentimento e esclarecer sobre as consequências decorrentes dessa negativa, de forma expressa e inequívoca.

5 RESPONSABILIZAÇÃO NA LGPD

De maneira prévia, deve-se entender o que é a responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta um fenômeno social, a qual sua existência está baseada na presença de um nexo causal entre o ato e o dano por ele produzido. Este é considerado ato ilícito e que gera a obrigação de ressarcimento para quem o sofreu .

A responsabilidade está presente na Seção III do Capítulo VI da Lei de Proteção aos Dados Pessoais, intitulada “Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”. O surgimento desta se deu em decorrência do exercício de atividades que envolvam a proteção de dados que porventura venham a ser violados. Por essa razão, o legislador reconhece que a proteção de dados é um microsistema, com normas previstas em outras leis, sendo a LGPD base estrutural.

5.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA COMO UM MECANISMO COERCITIVO DE GARANTIA E DE EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

A responsabilidade civil e a administrativa são os meios coercitivos utilizados frente às vastas violações dos dados pessoais, punindo as eventuais irregularidades em decorrência do seu uso inadequado, garantindo assim a efetividade da Lei nº13.709/18 .

Esses dois mecanismos repressivos de proteção de dados pessoais podem ser entendidos da seguinte forma: o primeiro deles é a responsabilização civil e o ressarcimento de danos, por meio do acionamento dos mecanismos tradicionais de jurisdição do Poder Judiciário para defesa dos interesses e dos direitos dos

titulares de dados, como o próprio artigo 22, da lei em questão, discorre: “Art. 22. A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva.” (BRASIL,2018)

O Código Civil traz também nos seus artigos 186, 187 e 927, a presença da responsabilidade civil de pessoas físicas e jurídicas por eventuais atos ilícitos que venham a cometer. A respeito de irregularidades em relação aos dados pessoais, o processo não é muito diferente, uma vez que, caso gerem danos, terão por consequência o dever de repará-los.

Nesse cenário, vale lembrar que a responsabilidade de reparação dos danos causados pela violação da legislação dos dados pessoais está presente no artigo 42 da Lei nº13.709/18, sendo esta imposta de forma clara ao controlador e operador, como discorre o próprio:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. (BRASIL,2018)

Como já foi mencionado de quem é o dever de reparação, o próximo passo é explanar sobre indenização aos titulares de dados, prevendo o sistema normativo a responsabilização solidária do operador e controlador ou de controladores que estiverem envolvidos no tratamento gerador do dano, presente no art. 42, § 1º .

Nesse sentido, a LGPD prevê também a possibilidade da inversão do ônus da prova a favor do titular dos dados, quando houver verossimilhança das alegações ou hipossuficiência para fins de produção da prova ou for excessivamente onerosa a sua produção, de acordo com o seu art. 42, § 2º.

Desse modo, é de suma importância ressaltar que a irregularidade do tratamento de dados ocorrerá quando a legislação não for observada ou quando não houver o fornecimento da segurança esperada pelo titular do dado. Assim, são consideradas

circunstâncias como o modo de realização, os resultados e riscos razoavelmente esperados, além das técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época da realização, tudo isso de acordo com o artigo 44 da lei em questão.

Nessa perspectiva, tem-se também a presença do segundo mecanismo coercitivo, que é a responsabilização administrativa por meio de sanções aplicáveis pela autoridade nacional (ANPD), como por exemplo o uso de advertência, multa, publicização da infração, bloqueio e eliminação de dados pessoais, como o artigo 52 da LGPD delibera.

A aplicação daquelas sanções narradas anteriormente será feita logo após a observância de alguns requisitos necessários, chamados de procedimento administrativo. Tal procedimento assegura a possibilidade de haver ampla defesa das partes, considerando os seguintes parâmetros legais presentes no artigo art.52, § 1º, quais sejam:

- I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;
- II - a boa-fé do infrator;
- III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV - a condição econômica do infrator;
- V - a reincidência;
- VI - o grau do dano;
- VII - a cooperação do infrator;
- VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 20 do art. 48 desta Lei;
- IX - a adoção de política de boas práticas e governança;
- X - a pronta adoção de medidas corretivas;
- XI - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Sendo assim, para que haja a aplicação da multa, deverá ser observado o artigo 54 da LGPD, além disso, a mesma lei obriga a ANPD a considerar o faturamento

total da empresa ou do grupo de empresas, desde que não disponha do valor do faturamento no ramo da atividade empresarial na qual tenha ocorrido a infração: ”Art. 54. O valor da sanção de multa diária aplicável às infrações a esta Lei deve observar a gravidade da falta e a extensão do dano ou prejuízo causado e ser fundamentado pela autoridade nacional.”(BRASIL,2018)

Portanto, o valor da multa implica em uma maior efetividade da norma, fazendo-se assim necessário tal meio coercitivo, pois mesmo que um controlador ou operador esteja seguindo todos os trâmites legais e aplicando todos os controles possíveis, ainda assim, podem haver violações dos dados pessoais, devendo aquele analisar de acordo com cada caso. Desse modo, deve-se sempre levar em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com o objetivo de garantir o ressarcimento dos danos causados. Isto posto, a eficácia da proteção de dados pessoais se dá principalmente pelo seu poder coercitivo da responsabilidade civil e administrativa .

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa, a metodologia utilizada envolveu a análise da legislação brasileira, fazendo-se uma abordagem técnica de materiais bibliográficos, documentais e doutrinários, de forma a proporcionar uma visão ampla acerca do direito à proteção dos dados pessoais na contemporaneidade.

No primeiro capítulo buscou-se traçar a presença dos meios tecnológicos na sociedade e o aumento do fluxo de informação, que fez com que surgisse a necessidade de haver a normatização e a proteção dos dados pessoais, por meio do meio jurídico, levando-se em consideração o direito à privacidade.

Diante disso, foi possível concluir que o sistema normativo brasileiro merece uma maior atenção, visto que por intermédio dele demonstrou-se o que são os dados pessoais e a sua relação com direito da personalidade, na qual a proteção dos dados é indispensável para a garantia do desenvolvimento da personalidade nos moldes constitucionais.

Em seguida, abordou-se a Lei nº 13.709 de 2018, conhecida como a então LGPD, que surgiu com o papel de proteger e tutelar direitos fundamentais, como os da liberdade, privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade humana, resguardando e garantindo os direitos dos titulares dos dados no Brasil.

No segundo capítulo, demonstrou-se a importância da proteção dos dados pessoais, de forma que esta passou a ser um direito fundamental, com a Emenda Constitucional n.17/2019, explanando, assim, quais foram as mudanças trazidas para a CF/88.

No terceiro capítulo deste trabalho, analisaram-se quais seriam os direitos dos titulares dos dados, garantindo, dessa forma, a eles o seu tratamento e proporcionando o acesso, a correção, anonimização, portabilidade e eliminação dos próprios dados.

Por fim, o quarto e último capítulo aborda a responsabilização civil e administrativa como meios coercitivos que surgem com um papel primordial em questão: o de garantir a aplicação efetiva da LGPD frente às vastas violações dos dados pessoais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Murilo Oliveira. **A Importância do Direito à Privacidade Digital, Redes Sociais e Extensão Universitária**. Revista Fragmentos de Cultura-Revista Interdisciplinar de Ciências Humanas, v. 24, p. 89-97, 2014.

BASAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego**. Editora Foco, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Gen, Editora Forense, 2019.

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

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 29 maio. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, DE 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).(Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019).Brasília:Presidência da República,[2018].Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em:28 maio.2022.

BRASIL. Senado Federal. **Emenda Constitucional nº 115 de 10/02/2022.** Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.Brasília,DF:Senado Federal,2022.Disponível em : <https://legis.senado.leg.br/norma/35485358>. Acesso em :20 maio.2022

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019.** Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>>. Acesso em: 20 maio. 2022

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A boa-fé objetiva como princípio norteador das relações de consumo. **Revista da Faculdade de Direito, São Paulo**, n. 2, p. 193-217, 2004.

CUNHA, MILENA. **A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAIS.** 2020.

FERREIRA, Rafael Freire. **Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação.** 2018.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. **Privacidade e lei**

geral de proteção de dados pessoais. Revista de Direito Brasileira, v. 23, n. 9, p. 284-301, 2020.

GARCIA, João Rodrigo Roncalho Caparroz. **Direito a personalidade e a privacidade digital** **Direito a personalidade e a privacidade digital.**

HERMES, Pedro Henrique; DE OLIVEIRA SUTEL, Roberta; DA SILVA, Rosane Leal. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UMA ANÁLISE DA ADI Nº. 6.387. **Revista Juris UniToledo**, v. 6, n. 01, 2021.

LÓSSIO, Claudio Joel Brito; NASCIMENTO, Luciano; TREMEL, Rosângela. **Cibernética jurídica: estudos sobre direito digital.** 2020.

PANEK, Lin Cristina Tung. **Lei geral de proteção de dados nº 13.709/2018: uma análise dos principais aspectos e do conceito privacidade na sociedade informacional.**

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Revista Privacidade e Proteção de Dados (Privacy and Data Protection Magazine)**, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988. **DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA**, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Fundamentos Jusfilosóficos e Âmbito de Proteção do Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, 33-57, maio/jun. 2020.

52 - 74

Artigo

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ÂMBITO DA LEI
GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – LGPD (LEI n°
13.079/2018)**

CAIO CAROLINO DUARTE CAMPOS, AURICÉLIA DO NASCIMENTO MELO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ÂMBITO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – LGPD (LEI nº 13.079/2018)

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE STATE UNDER THE GENERAL PERSONAL DATA PROTECTION LAW – LGPD (LAW nº. 13.079/2018)

CAIO CAROLINO DUARTE CAMPOS

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Pós-graduando em Planejamento Tributário pela Faculdade Legale. Técnico de Laboratório no Instituto Federal do Piauí. E-mail: ccdcampos@gmail.com

AURICÉLIA DO NASCIMENTO MELO

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR, Especialista em Direito Previdenciário e Docência do Ensino Superior, professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí-UESPI, Advogada, Vice-Presidente da Comissão de Responsabilidade Civil da OAB-PI, Mediadora Judicial. E-mail: aurimelo@hotmail.com

RESUMO: O objetivo do trabalho foi abordar a responsabilidade civil do Estado quando este atua como agente de tratamento de dados pessoais. Com a revolução proporcionada pela internet é cada vez maior a utilização dos meios digitais e sistemas de tecnologia da informação para armazenar e processar informações diversas, inclusive dados pessoais. Foi necessária a regulamentação dessa atividade, a fim de garantir os direitos constitucionais da liberdade de informação, da privacidade e da dignidade da pessoa humana. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709/2018) trata, dentre outros aspectos, da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, sejam eles pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado. A problemática em torno do tema se dá pela omissão da lei em disciplinar, de forma pormenorizada, a responsabilidade do Poder Público quando executa essa atividade. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica. Como resultado verificou-se que embora a LGPD seja omissa em relação ao regime da responsabilidade da Administração Pública, esta se submete à regra contida na Constituição Federal.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Proteção de dados pessoais. Direitos da personalidade.

ABSTRACT: The objective of the work was to address the civil liability of the State when acting as an agent for processing personal data. With that provided by the internet, the use of information technology systems for processing and diverse information, including personal data, is increasing. The regularization of the activity was necessary in order to guarantee the constitutional rights of freedom of information, privacy and personal freedom of the person. The General Law for the Protection of Personal Data – LGPD (Law No. The problematic surrounding the subject is given by the law's omission to discipline, in a detailed way, the responsibility of the Public Power when performing this activity. The methodology developed was a bibliographic research. As responsibility of the Administration - if whatever the relationship of responsibility of the Administration is the submission regime to the Federal Constitution, it submits to the Federal Constitution.

Keywords: State civil liability. Protection of personal data. Personality rights.

1 INTRODUÇÃO

Ante a utilização cada vez maior dos meios informatizados e sistemas de tecnologia para armazenar e processar informações das mais variadas, surge a necessidade de se regulamentar, no Brasil, o tratamento dos dados pessoais das pessoas naturais, visto que esses dados constituem fração da personalidade dos seus titulares.

Assim sendo, foi necessária a previsão em lei da tutela desse direito da personalidade que, embora não expressamente previsto como tal, possui todas as suas características para a sua inserção como espécie desse gênero de direitos.

Com essa finalidade, foi criada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, Lei nº 13.709/2018, que definiu os fundamentos, os princípios, os agentes e seus deveres, os direitos dos titulares de dados, dentre outros aspectos. O cerne deste trabalho será estudar a abordagem dada pela LGPD no que se refere responsabilidade pelo tratamento dos dados pessoais, ou seja, quais as consequências para o agente de tratamento, com ênfase na atuação do Estado nesse papel, quando essa atividade causar algum dano a seus titulares.

Tendo como base este cenário, evidencia-se a importância do tema, reconhecida as mudanças que devem decorrer da aplicação da LGPD, o que fundamentou a extensa *vacatio legis* para o início da vigência de algumas de suas disposições. Nesse aspecto, considerando as dificuldades provenientes da sua aplicação e no que se refere à responsabilidade por descumprimentos de suas regras, este trabalho terá como objetivo geral demonstrar que a adoção da responsabilidade civil objetiva deve ser o caminho adequado quando o Estado atuar como agente de tratamento de dados pessoais.

Nesse intuito, a metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica, que envolveu a busca em livros, monografias e artigos publicados em revistas especializadas para embasar o entendimento acerca do tema.

Os tópicos seguintes tratam sobre princípios e fundamentos que norteiam a proteção de dados, seguido de uma análise sobre a responsabilidade civil do

Estado, além da interseção das normas para um supedâneo teórico de aplicação da responsabilidade civil da Administração Pública sob a égide da LGPD de maneira a assegurar o direito a proteção de dados pessoais.

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO ITEM INTEGRANTE DA DIREITO DA PERSONALIDADE.

O atual momento vivenciado pela humanidade tem com uma de suas características mais evidentes o grande fluxo de dados que trafegam pelos mais variados meios e dispositivos.

Os avanços proporcionados pela evolução tecnológica, principalmente com o desenvolvimento da internet, geraram modificações na forma como as pessoas consomem, como se relacionam entre si, e no próprio modo de viver. Com a facilidade promovida na comunicação isso impacta diretamente na economia, na administração pública, na condução da política, enfim, todos os aspectos da vida humana. Da decorre a denomina o sociedade da informação.

Mas além do valor pecuniário, as informações e dados passam a ter valor extrapatrimonial, pois muitas vezes dizem respeito a dados pessoais, cuja proteção a eles constitui verdadeiro direito fundamental.

A proteção acima mencionada e que deve ser conferida quando do tratamento de dados pessoais provém das consequências que a sua falta pode ocasionar na individualidade e privacidade das pessoas. Com o uso massivo das tecnologias de informação para a comunicação, o relacionamento interpessoal, o comércio e transações bancárias, é recorrente a utilização desses mesmos meios para o cometimento de ilícitos.

Por tudo isso se fez necessária a disciplina referente ao tratamento de dados, proporcionada pela criação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais-LGPD.

Cabe mencionar, que a LGPD logo de início em seu artigo 1º, dispõe que os seus objetivos são proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Com base nesses objetivos e com a complementação dos princípios (artigo 6º) e dos seus fundamentos (artigo 2º), evidencia-se a orientação da lei no sentido de se conferir à proteção dos dados pessoais o caráter de direito fundamental e as pessoas naturais titulares desses dados a caracterização como vulneráveis, frente aos agentes de tratamento dos dados pessoais, o que sustentou a sua elaboração.

Diante disso, o Estado, no exercício dos seus poderes, deve esforçar-se na direção de promover a proteção dos direitos fundamentais e da personalidade. A existência do Estado e do próprio direito em si deve estar direcionada a persecução e concretização das aspirações humanas, desde que sejam legítimas e moralmente aceitáveis, de acordo com os parâmetros definidos por toda a sociedade.

A dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundamental do Estado brasileiro, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, fundamenta a existência e a proteção aos direitos da personalidade. Constitui-se de norma jurídico-positiva com plena eficácia, guiando toda a ordem legal e devendo ser encarada como mandado de otimização, permitindo que se promova e se realize na maior medida possível. (CANOTILHO et al, 2018).

Os dados pessoais e sua proteção, como se quer aqui demonstrar, constituem elementos indissociáveis da própria existência, principalmente com a utilização cada vez maior desses dados na sociedade da informação na qual todos estão inseridos atualmente. Assim sendo:

O direito a dados pessoais protegidos está intimamente relacionado aos direitos da personalidade, muito mais no que diz respeito à privacidade dos indivíduos. Isso porque, dentre as inúmeras possibilidades de visualizá-lo, está o *'the right to be alone'*, o que, em outras palavras, diz respeito ao direito do cidadão em não ser lesado em sua vida íntima por outrem, inclusive pelo

Estado, sendo relacionado, até, a um direito ao anonimato – dentro das limitações previstas no entendimento contemporâneo.

(SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 494 apud AZEVEDO; PEREIRA; RODRIGUES, 2021, p. 5).

Diz-se que os direitos da personalidade têm como uma de suas características o fato de serem ilimitados. O atual Código Civil traz, a partir do artigo 11 alguns exemplos desses direitos, como o direito sobre o próprio corpo, o nome e a privacidade. Em vista da característica apontada, trata-se de rol exemplificativo. É coerente pensar assim, pois a evolução constante da vida humana faz surgir cada vez mais atributos que se incorporam como elementos necessários a manutenção de uma existência digna, de forma que esses atributos merecem a proteção pelo direito.

Os direitos da personalidade desafiam as classificações e taxonomias a que tanto se apegaram os juristas em um passado recente. A história mostra o fracasso de todas as tentativas de enumerar os direitos da personalidade em um rol definitivo. Concluiu-se, enfim, que não são *numerus clausus*, ou seja, de número fechado. Como atributos considerados essenciais à condição humana, sua compreensão e amplitude variam no tempo e no espaço. O caráter aberto da dignidade humana não permite o congelamento das suas múltiplas expressões. A própria distinção entre essas expressões não é rígida. Muitos conflitos concretos envolvem, a um só tempo, a violação do direito ao nome, do direito à imagem, do direito à privacidade, dentre outros. O que resta atingido, em última análise é a dignidade humana. (SCHREIBER, 2013, p. 223).

Conforme analisado, a LGPD busca privilegiar de forma ampla e efetiva o direito proteção dos dados pessoais, servindo de base para a afirmação de que essa defesa se constitui de espécie de direito da personalidade. Não se limita, como se viu, apenas à privacidade, embora esse seja um dos seus aspectos mais importantes, servindo a lei como verdadeiro balizamento normativo de toda a atuação que envolva a utilização desses dados, além de dar eficácia ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Proteger dados, quando estão conectados à esfera de uma pessoa, adquirindo a característica de serem pessoais, significa resguardar a própria personalidade do ser humano, pois esta constitui “as características ou conjunto de características que distinguem uma pessoa” e o Direito visa proteger violações de todos os atributos, corpóreos e incorpóreos, que formam a projeção da pessoa humana. (BLUM; MALDONADO; 2019, p. 68).

Tratando-se, portanto, a proteção aos dados pessoais de um direito da personalidade, cabe perquirir qual o tratamento ou a sanção cabível para os casos em que há violação a esses direitos, notadamente quando os controladores ou operadores que tratam de tais dados são pessoais jurídicas de direito público, ou seja, são entes ou órgãos pertencentes ou integrantes da Administração Pública.

3 ASPECTOS RELEVANTES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O regime da responsabilidade do Estado por atos de sua autoria e que venham a causar danos evoluiu ao longo do tempo, da completa irresponsabilidade estatal para a adoção de teorias que o responsabilizam objetivamente e integralmente, a depender do tipo de dano causado. A submissão de todos, inclusive do Estado, ao regime de responsabilização constitui-se em uma das bases do sistema constitucional moderno (MELLO, 2009).

Nos Estados absolutistas, em que vigorava a administração pública patrimonialista, isto é, o Estado e soberano fundiam-se num só ente, prevalecia a total negligência estatal pelos seus atos. Nesse sentido, a doutrina administrativista sustenta que a primeira teoria no que se refere à responsabilidade do Estado era a da irresponsabilidade.

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e o de que

“aquilo que agrada ao príncipe tem for a d lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania. (DI PIETRO, 2018, p. 888-889).

A partir das revoluções constitucionais ocorridas no século XVIII e a evolução o do direito civil no século XIX, foi-se abandonando a ideia de irresponsabilidade estatal, dando-se lugar às teorias ditas civilistas, por decorrerem dos institutos trazidos pelo direito civil, notadamente no que se refere à noção de culpa na responsabilidade.

Na primeira teoria civilista da responsabilidade do Estado, também chamada de teoria da culpa individual, dividiu-se a atuação estatal em atos de império, estes isentos de qualquer responsabilização, pois regidos tradicionalmente pelo direito público, de patamar hierárquico mais elevado e atos de gestão, estes sim civilmente responsabilizáveis.

Dessa forma, nos atos de gestão, “o Estado se despe do seu poder de autoridade e atua em igualdade com o particular, como por exemplo nos contratos, abrindo caminho para sua responsabilidade com fundamento no Direito Civil” (OLIVEIRA, 2020, p. 854). Assim, “a responsabilidade dependeria da identificação do agente público e da demonstração da sua culpa, o que dificultava, na prática, a reparação dos danos suportados pelas vítimas, especialmente em virtude da complexidade da organização administrativa”(OLIVEIRA, 2020, p. 1134).

Buscou-se, dessa forma, a adoção de algum modo de responsabilização do Estado, ainda que limitadamente aos atos de gestão, abrandando-se a irresponsabilidade estatal, válida somente para os atos ditos de império (DI PIETRO, 2018).

Na segunda teoria civilista, ou teoria da culpa anônima ou do serviço, abandonou-se a ideia em que se diferenciava atos de império e atos de gestão para se adotar a culpa civil, ou seja, o Estado responsabilizado quando demonstrada a culpa (em sentido amplo) do agente.

Nesse sentido, comprovando-se a falha na prestação do serviço, e não mais o agente que deu causa a ela, como era o caso da culpa individual, restaria configurado o dano e a consequente responsabilidade do Estado. Para esta teoria, a falta da prestação do serviço público, o mau funcionamento dele ou seu atraso configuram danos capazes de gerar a responsabilidade civil do Estado. (OLIVEIRA, 2020).

Conforme mencionado, as teorias civilistas orbitavam em torno do instituto da culpa, em que se atribuía a vítima o encargo de provar a sua existência. Superada a fase civilista da responsabilidade civil do Estado, surgem as chamadas teorias publicistas. Por se tratar de atos causados pelos agentes públicos desempenhando a função estatal, passou-se a entender que seria necessária a adoção de regramento especial, condizentes com a atuação e as necessidades do serviço, de forma a equilibrar o direito do Estado com o direito privado dos administrados (DI PIETRO, 2018).

Com isso, adotou-se a responsabilidade civil objetiva do Estado, abandonando-se o fator culpa na sua determinação, o que permite que ela ocorra mesmo em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, estando no nexo causal entre o fato e o dano o fator determinante de sua ocorrência. Isso representou uma evolução no direito, no sentido em que permite maior facilidade na reparação dos danos causados pelo Estado, pois se tira do administrado a incumbência de identificar o agente causador, a culpa deste, a falta do serviço, dentre outros. (CARVALHO FILHO, 2020).

A principal teoria de natureza publicista é a chamada teoria do risco administrativo. Assim como as companhias privadas assumem o risco econômico dos seus negócios, o risco decorrente da prestação dos serviços públicos deve ser suportado pela Administração Pública, de forma que essa teoria constitui o fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado.

O modelo de responsabilização do Estado de forma objetiva constitui a fase mais evoluída, pois se justifica nos princípios da equidade e da igualdade. Na

medida em que a atividade pública a todos beneficia, é razoável entender que todos devam arcar com os prejuízos dela decorrentes, pois seria incoerente atribuir o ônus eventualmente resultante dessa atividade a uma ou algumas pessoas (CAVALIERI FILHO, 2012).

De maneira excepcional, admite-se a adoção da teoria do risco integral. Essa forma de responsabilidade civil do Estado consigna que todo e qualquer risco decorrente da atividade pública, ou até mesmo privada mas submetida à fiscalização pelo poder público, deverá ser integralmente absorvido pelo processo produtivo, respondendo por todos os danos ocasionados.(DAMIN; HENKES, 2005).

Entre as ocasiões excepcionais nas quais pode haver a aplicação desta teoria, a doutrina e a jurisprudência citam a responsabilidade por danos ambientais ou ecológicos; responsabilidade por danos nucleares, conforme disposto no artigo 21, XXIII, d, da CRFB/88 e aquela atribuída à União, referente às responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público como definidas na Lei nº 10.744/2003.

Para a teoria do risco integral, o Estado é responsabilizado mesmo nos casos em que se prove culpa exclusiva da vítima, prescindindo inclusive a demonstração do nexo causal. Por isso, trata-se de forma de responsabilização da Administração Pública que tem aplicação excepcional.

Para a teoria do risco integral, o Estado é responsabilizado mesmo nos casos em que se prove culpa exclusiva da vítima, prescindindo inclusive a demonstração de nexo causal. Por isso trata-se de forma excepcional de responsabilização.

Já na teoria do risco administrativo, em que pese a vítima não necessitar provar a autoria, existência de dolo ou culpa, demonstrando-se apenas a ocorrência do dano e o seu nexo causal com a atuação do Estado, a Administração Pública, reunindo elementos que demonstrem a culpa exclusiva da vítima ou a sua participação no evento danoso, tem sua responsabilidade atenuada ou mesmo excluída.

Nessa perspectiva:

O risco administrativo possibilita afastar ou verificar a existência de responsabilidade pela análise do caso concreto. Busca-se dessa forma, estabelecer a argumentação lógica de fatos e danos, e para além disso, abre-se a possibilidade de demolição do alegado na presença de excludentes de responsabilidade. A ação singular da vítima, a força maior e o caso fortuito seriam formas de romper o nexo de causalidade (FARIA; URSINE, 2017, p. 46).

A responsabilidade objetiva, inaugurada com a Constituição Federal de 1946, é o modelo de responsabilidade extracontratual adotado desde então. Prevista na atual CRFB/88, no art. 37, parágrafo 6º, e repetido no artigo 43 do Código Civil de 2002, a responsabilidade objetiva do Estado representou evolução, como anteriormente mencionado, ao permitir vantagem à vítima do dano por ele causado, ao se dispensar o encargo que teria, como o de provar da autoria do fato, a culpa ou dolo do agente, a falta do serviço, entre outros. (CARVALHO FILHO, 2020).

Não obstante a responsabilidade civil objetiva do Estado ser o modelo adotado no Direito brasileiro, quanto ao ressarcimento dos danos causados aos administrados, no que se refere aos agentes públicos causadores desses danos, a sua responsabilização o pessoal será diferenciada.

Ao agente público, entendidos de forma ampla, ou seja, aqueles com algum tipo de vínculo com pessoas jurídicas de direito público ou privado prestadoras de serviços públicos, que atuam em nome do estado, a serviço deste, preveem a legislação e a Constituição a responsabilidade subjetiva, devendo-se averiguar o dolo ou culpa.

Dessa forma, na atual realidade constitucional e civilista, a regra é a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, fundamentada pela teoria do risco administrativo, sendo

a responsabilidade dos agentes públicos atribuída de forma pessoal e subjetiva, exercida através de ação regressiva (OLIVEIRA, 2020).

No desempenho de suas atividades, seja na prestação dos serviços públicos ou no exercício dos seus poderes constitucionais e legais, o Estado se vale da atuação de pessoas a ele vinculadas, contra as quais exerce seu poder hierárquico e disciplinar, de forma que a ele se atribui a atividade exercida, seja ela exitosa, atingindo a finalidade para a qual foi praticada, ou que, independente de culpa ou dolo, tenha causado danos a terceiro.

A execução dos serviços realizados pelos agentes da Administração Pública constitui nas condutas, que, quando bem executadas, efetivam os princípios constitucionais a que se submete. Caso contrário, a atividade estatal pode gerar um dano a terceiro, que dever ser reparado civilmente, sem prejuízo de sanções em outras esferas do Direito.

É indiferente para a responsabilização a natureza do serviço fornecido. Quando o Estado atua, por exemplo, nos serviços de saúde, através dos hospitais públicos, responde pelos eventuais erros médicos ali cometidos, bastando-se demonstrar todos os pressupostos para a sua configuração.

De maneira semelhante, quando o poder público, munido de informações e dados a que teve acesso de forma coercitiva ou voluntária, deve por eles zelar, sob pena de incorrer em ilícito, passível, portanto, de ter que ressarcir os danos decorrentes de sua má utilização.

À vista disso, as condutas manifestadas na prestação dos serviços públicos e que dão causa a danos podem ser comissivas ou omissivas. Quanto às condutas comissivas, não há nenhum obstáculo a sua constatação, pois como ensina TARTUCE (2018, p. 171), “a regra é a ação, comissão ou conduta positiva, relacionada à imprudência e ao conceito romano de culpa *in comittendo*”. Nesses casos, aplica-se normalmente a regra constitucional da responsabilidade civil objetiva.

4 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

As atividades realizadas pela Administração Pública não estão o excluídas do contexto de informatização, coleta, armazenamento e processamento de dados. Ao contrário, o Estado sempre atuou com pioneirismo quando se trata da utiliza o de procedimentos e tecnologias que buscam dinamizar e automatizar as tarefas.

Exemplo disso foi o desenvolvimento, pelo governo dos Estados Unidos da América, no final dos anos 1960, de uma rede de comunicação distribuída geograficamente entre diferentes localidades, com objetivos inicialmente militares, que com o arrefecimento das tensões entre os países no período da Guerra Fria e em vista do seu potencial científico, econômico e social evoluiu para o que hoje é a internet. (GOETHALS; AGUIAR; ALMEIDA, 2000).

Destarte, o Estado diariamente é responsável por tratar um número incalculável de dados de cidadãos, empresas e de variadas entidades, aos quais tem acesso autorizado com base na finalidade de se assegurar a execução de políticas públicas, nos termos do artigo 7º, III da LGPD. O capítulo IV da LGPD regula o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. Dispõe seu artigo 23 que:

Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que: I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; III - seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei; (BRASIL, 2018).

O artigo acima transcrito estabelece que o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, ou seja, com a finalidade de se alcançar o interesse da coletividade, cumprindo-se com as determinações legais no âmbito da competência de cada ente que trata esses dados pessoais.

Os destinatários dessa norma são os mencionados no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informação. Assim, submetem-se à LGPD os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, e Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No inciso I do artigo 23, a LGPD estabelece o dever de transparência no tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, exigindo-lhe que sejam informadas as hipóteses em que seja realizado o tratamento de dados pessoais, conforme o fundamento da autodeterminação informativa, comunicando de forma clara e atualizada a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades.

De acordo com Blum e Maldonado,

No contexto de uma relação assimétrica de poder, como a que caracteriza a estabelecida entre o poder público e o indivíduo, a transparência visa a inspirar no titular de dados a credibilidade no ente público controlador dos dados e a necessária responsabilidade a que está submetido, numa clara relação com um princípio peculiar da lei protetiva nacional, o da responsabilização e presta o de contas. (BLUM; MALDONADO, 2019, p. 195).

O inciso III do artigo 23 da LGPD estipula que seja determinado um encarregado (operador) para realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das normas sobre a matéria. Necessário

destacar que esse encarregado pode ser pessoa natural-servidor público, por exemplo- ou pessoa jurídica, junta, comitê, entre outros, podendo, inclusive, ser essa atividade objeto de terceirização, atendidos os requisitos da lei.

Nos artigos 31 e 32, a LGPD buscou sistematizar a responsabilidade do Poder Público pelas atividades de tratamento de dados pessoais. Antes de se adentrar especificamente na abordagem referente responsabilização da Administração Pública, prevista nos referidos artigos, faz-se necessária uma pausa para comentários à Seção III do Capítulo VI da LGPD, que trata genericamente da responsabilidade e do ressarcimento de danos.

A LGPD não poderia eximir-se de estabelecer parâmetros mínimos relativos à responsabilidade civil para os casos de descumprimento das regras que ela mesma define. Aliás, conforme visto, constituem princípios previstos em seu artigo 6º, a segurança, a prevenção e a responsabilização e prestação de contas, princípios estes com estrita ligação ao tema da responsabilidade pela atividade de tratamento dos dados pessoais.

A existência do direito a proteção sobre os dados pessoais importa dizer que nenhuma informação pode ser obtida à revelia do seu titular, desde a sua coleta, alteração de finalidade ou compartilhamento e, se assim ocorrer, entende-se como algo contrário ao ordenamento jurídico, e, por isso, indevido. Assim, toda e qualquer utilização indevida, como a obtenção sem o devido controle do titular, será considerada contrária ao ordenamento jurídico (acaso não exista exceção legal que previamente a regulamente) e poderá ocasionar a responsabilização civil, uma vez que será considerada como ato antijurídico(no seu sentido lato). GONDIM, 2021, p.23.

É preciso, portanto, que seja compreendida a forma com a qual a LGPD trata do tema, pois constitui-se tarefa fundamental quando da aplicação da responsabilidade, dando-se a devida reparação, nos casos em que tenham sido infringidas suas disposições, ou seja, quando a proteção aos dados pessoais, direito fundamental dos cidadãos, tenha sido falha.

Em vista disso, o art. 42 da LGPD estabelece que o agente de tratamento de dados que, em razão do exercício dessa atividade, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação é obrigado a repará-lo.

Por sua vez, o artigo 43 dispõe sobre as excludentes de responsabilidade que podem ser suscitadas pelos agentes de tratamento de dados: a declaração de não realização do tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; a inexistência de violação à legislação de proteção de dados; que o dano decorreu de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

O art. 44 estipula as hipóteses em que o tratamento de dados pessoais sejam irregulares, tendo essa característica quando deixa de observar a legislação ou quando não fornece a segurança que o titular dele espera, tendo em vista as circunstâncias de modo, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se espera e as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis quando ocorre esse tratamento.

Enfim, o artigo 45 direciona para a regra de responsabilidade prevista na legislação pertinente as hipóteses de violação do direito do titular dos dados, quando no âmbito das relações de consumo. Uma das principais questões postas quando está em discussão a LGPD é sobre o regime da responsabilidade civil por ela adotada.

Com relação ao tratamento de dados realizado com a finalidade de prestação de serviços a consumidores, a LGPD “positivou em seu artigo 45 a interligação entre o microsistema de proteção e defesa do consumidor e o microsistema de proteção de dados, especificamente no que diz respeito s regras da responsabilidade civil”, (TASSO, 2020, p. 112) de forma que essa responsabilidade tem natureza objetiva, baseada na teoria risco.

A mesma clareza não foi dispensada quando são analisados os outros dispositivos legais da LGPD acerca da responsabilidade. Nisto insere-se a controvérsia: saber se a responsabilidade civil prevista na LGPD é de natureza objetiva ou subjetiva. Os argumentos favoráveis à natureza subjetiva da responsabilidade na LGPD,

baseada na noção de culpa, sustentam que, ao prever normas que expressam o dever de cuidado, a lei excluiria a responsabilidade independente de culpa, quando essas normas fossem seguidas à risca.

Além desse argumento, os defensores desse modelo de responsabilidade civil defendem que todas as vezes em que se adotou a responsabilidade civil objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, fez-se de forma expressa, de maneira que presente a omissão quanto a isso, tem-se como regra a responsabilidade subjetiva, o que pode ser exemplificado pelos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 927 do Código Civil. (TEPEDINO, 2020; DANTAS BISNETO, 2020; BIONI, 2020; TASSO, 2020).

Favoravelmente a atribuição de natureza objetiva para a responsabilidade civil no âmbito da LGPD, com base no risco, defende-se que a atividade de tratamento de dados representa um risco a direitos fundamentais de natureza difusa dos titulares e que os danos a esses direitos são potencialmente graves, o que por si justificaria a adoção desse modelo de responsabilização.

Outro argumento favorável a essa concepção diz respeito ao artigo 43 da LGPD, que prevê as excludentes da responsabilidade pelo tratamento dos dados. Não está presente nesse artigo a ausência de culpa como excludente do dever de indenizar, de forma que seria desnecessária sua verificação. Além disso, os titulares de dados pessoais estão em posição de vulnerabilidade frente aos agentes de tratamento de dados, que detêm todas as condições financeiras, intelectuais e tecnológicas necessárias à proteção desses dados.(DONEDA: MENDES, 2018).

Ao tratar do tema da responsabilidade civil do Estado, a LGPD ainda mais omissa. Conforme mencionado, a lei tratou da matéria em apenas dois artigos, limitando-se a prever, no artigo 32, que quando houver infração a ela em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos, a autoridade nacional poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação e, no artigo 31, que a autoridade nacional poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais

e sugerir a adoção de padrões de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público.

A autoridade nacional a que faz referência os artigos 31 e 32 é o órgão da Administração Pública o responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD em todo o território nacional. Esse órgão foi criado pela Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019.

Como é possível se depreender dos artigos aludidos, não se trata especificamente da regulamentação da responsabilidade civil da Administração Pública pelo tratamento de dados pessoais, mas de providências inibitórias para que se faça cessar a violação aos direitos que a LGPD prevê e da criação de mecanismos de aprimoramento dessa atividade pelo Poder Público. Cabe, portanto, aos operadores do direito a integração da norma para o preenchimento dessa lacuna.

Entende-se que a responsabilidade civil do Estado no âmbito da LGPD dever ser objetiva, nos termos definidos no parágrafo 6º do artigo 37 da CRFB/88. É assim, pois a proteção de dados pessoais, como foi sustentado acima, representa direito da personalidade, ao qual deve ser possibilitada a mais ampla defesa, contra quem for. O Estado figura em posição infinitamente superior perante os cidadãos, dispondo de todas as possibilidades para que sua atuação seja em conformidade com a lei.

Ao não tratar especificamente da responsabilidade civil dos entes públicos quando da verificação de danos decorrentes de tratamento de dados pessoais, a Lei deixou ao intérprete a tarefa de proceder à integração do sistema protetivo. Não parece haver dúvidas que, nesta hipótese, a responsabilidade civil do ente público se dá com fundamento na teoria do risco administrativo. Conforme a previsão maior vazada no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, nenhum particular deve suportar o dano decorrente de atividades voltadas para o interesse social da coletividade, O tema adquire especial relevância nos tempos atuais em que se espera do poder publico um planejamento de políticas

públicas baseado em dados a garantir a eficiência em sua implementação, desde que leve em consideração o risco decorrente.(TASSO, 2020, p.105).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo teve como finalidade expor as principais características da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, principalmente no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado enquanto agente de tratamento de dados, apontando que esse tema não foi explorado o suficiente pela norma, sendo omissa nessa parte. Propôs-se, ao final, a adoção da responsabilidade civil objetiva para os danos decorrentes da atividade de tratamento de dados desempenhada pela Administração Pública, nos moldes do parágrafo 6º do artigo 37 da CRFB/88.

Isso porque, como foi sustentado na parte inicial do trabalho, a proteção de dados pessoais configura um direito da personalidade, pois esses dados constituem elementos indissociáveis da própria existência, principalmente com a sua utilização cada vez maior

na chamada na era da informação, a qual se vivencia. Nesse sentido, o Estado, que ocupa posição de superioridade frente aos particulares, deve ser, por isso mesmo, o primeiro a garantir a proteção desses direitos e ser submetido a critérios de responsabilização de acordo com as suas especificidades.

Foram listados e comentados os objetivos, fundamentos e princípios da LGPD, que guiam a interpretação e aplicação da norma e que manifestam o seu caráter protetivo em relação às pessoas físicas. Analisou-se também as hipóteses de tratamento de dados pessoais, rol exaustivo que constitui as situações em que essa atividade pode ocorrer. Em seguida, aprofundou-se no tema central do trabalho ao tratar da responsabilidade decorrente dos dados pessoais.

Para isso, foram elencadas discussões doutrinárias sobre o assunto, que tem sido controversas, visto a lei ainda estar sendo inserida no cenário da jurisprudência. Constatou-se os argumentos defensivos da ideia de que a responsabilidade na

LGPD é de viés subjetivo e os argumentos contrários também foram analisados, ou seja que defendem a responsabilidade objetiva.

No tocante ao tratamento dispensado pelo Poder Público pela LGPD restou evidente a necessidade de uma discussão mais concreta e necessária para suprir a necessidade da proteção dos dados pessoais.

REFERÊNCIAS

ABAGGE, Yasmine de Resende; KNOERR, Fernando Gustavo; MOTTA, Ivan Dias. A Lei Geral de Proteção de Dados: Os Dados Pessoais Podem Ser Considerados Direitos Da Personalidade? **Revista Economic Analysis of Law Review**, v. 10, n. 2, p. 278-302, Mai- Ago/2019. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/download/11907/pdf>. Acesso em: 4 fev. 2022.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva et al. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 109-129, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23981>. Acesso em: 4 fev. 2022.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. S o Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

AZEVEDO, Larissa Nunes de Melo; PEREIRA, Larissa de Oliveira Felix Rodrigues;

RODRIGUES, Ricardo Schneider. **O direito fundamental à proteção de dados e o poder público: o caso do programa alagoano Nota Fiscal Cidadã**. Linc em Revista, [S. l.], v. 17, n. 1, p. e5695, 2021. DOI: 10.18617/liinc.v17i1.5695. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5695>. Acesso em: 4 fev. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

BOFF, Saete Oro; FORTES, Vinícius Borges. **A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais no Ciberespaço como um Direito Fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil**. Revista Sequência, v. 35, n. 68, p. 109–127, 2014. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=97338757&lang=ptbr&site=eds-live>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Lei n 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 04. Ago. 2021.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. S o Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. S o Paulo: Atlas, 2020. E-book.

CASTRO, Catarina Sarmento. **Direito da Informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. S o Paulo, Atlas, 2012. E-book.

COSTA, Ramon Silva; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. **Os direitos da personalidade frente sociedade de vigilância: privacidade, proteção de dados pessoais e consentimento nas redes sociais**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, Bel m, v. 5, n. 2, p. 22-41. Jul/dez. 2019. Disponível em: <https://>

www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/download/5778/pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

DAMIN, Daniele; HENKES, Silvana. **A reparação civil dos danos ambientais ante a hipossuficiência do degradador**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], [S. l.], v. 6, n. 1, p. 55–72, 2015. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/8802>. Acesso em: 8 nov. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

FARIA, Edimur Ferreira de; URSINE, Ícaro Moreira. Revista de Política Judiciária, **Gestão e Administração da Justiça**. Brasília, v. 3, n. 1, p. 34-55, Jan/Jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistapoliticiajudiciaria/article/view/1976/pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A responsabilidade civil no uso indevido dos dados pessoais**. Revista IBERC, v. 4, n. 1, p. 19-34, 9 mar. 2021. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/140>. Acesso em: 6 fev. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. E-book.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. E-book.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. S o Paulo: Atlas, 2013. E-book.

TASSO, Fernando Antonio. **A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor**. **Cadernos Jurídicos: Direito Digital e proteção de dados pessoais**, São Paulo, ano

2021, n. 53, S o Paulo, jan./mar. 2020, p. 97-116. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_1_interface_entre_a_lgpd.pdf?d=637250344175953621 Acesso em: 4 fev. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **Desafios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte, v. 26, p. 11-15, out./dez. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/689/416>. Acesso em: 4 fev. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book.

75 - 30

Artigo

**PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA LEI DE LICITAÇÃO Nº 14.133,
DE 1º DE ABRIL DE 2021 E SEU IMPACTO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

ZENAIDE LEAL DE SOUSA

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA LEI DE LICITAÇÃO Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021 E SEU IMPACTO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MAIN AMENDMENTS TO THE BIDDING LAW No. 14,133 OF APRIL 1, 2021 AND ITS IMPACT ON PUBLIC ADMINISTRATION

ZENAIDE LEAL DE SOUSA

Bacharel em Direito. Pós-graduada em Direito Eleitoral. Pós-graduada em Licitações e Contratos Administrativos. Mestranda em Direito Constitucional.

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de abordar sobre os principais impactos das alterações da lei de licitação na administração pública - lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Em relação à problemática de pesquisa atentou-se a responder a seguinte pergunta: quais os principais impactos das alterações da lei de licitação na administração pública? Com isso o objetivo geral é analisar os principais impactos das alterações da lei de licitação na administração pública. Os objetivos específicos são: descrever os conceitos relacionados a administração pública; compreender a licitação dentro da administração pública; entender os principais impactos das alterações da lei de licitação na administração pública. Os resultados apontaram que descritas em um só documento, e transferindo os processos de licitatórios para a forma remota, a Nova Lei de Licitações (nº 14.133/2021) trouxe um leque de melhorias aos processos, tornando-os mais simples e flexíveis; agilizando de maneira eficaz, ao criar melhores condições de contratação e gestão de contratos, as obras e serviços de engenharia; e, conseqüentemente, da administração pública e financeira do país. As conclusões são que possuindo como objetivo comum, todas as alterações da Nova Lei de Licitações buscam otimizar e facilitar os processos envolvidos na compra e na contratação de bens e serviços.

Palavras-chave: Administração Pública. Lei nº 14.133. Licitação.

ABSTRACT: The present work aims to address the main impacts of changes to the bidding law on public administration - Law No. main impacts of changes in the bidding law on public administration? With this, the general objective is to analyze the main impacts of changes in the bidding law on public administration. The specific objectives are: to describe the concepts related to public administration; understand the bidding within the public administration; understand the main impacts of changes in the bidding law on public administration. The results showed that described in a single document, and transferring the bidding processes to the remote form, the New Bidding Law (nº 14.133/2021) brought a range of improvements to the processes, making them simpler and more flexible; effectively streamlining, by creating better conditions for contracting and contract management, engineering works and services; and, consequently, the public and financial administration of the country. The conclusions are that having as a common objective, all the amendments of the New Law of Bidding seek to optimize and facilitate the processes involved in the purchase and contracting of goods and services.

Keywords: Public administration. Law No. 14,133. Bidding.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de abordar sobre os principais impactos das alterações da lei de licitação na administração pública - lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

Em relação à problemática de pesquisa atentou-se a responder a seguinte pergunta: quais os principais impactos das alterações da lei de licitação na administração pública? Com isso o objetivo geral é analisar os principais impactos das alterações da lei de licitação na administração pública.

Os objetivos específicos são: descrever os conceitos relacionados a administração pública; compreender a licitação dentro da administração pública; entender os principais impactos das alterações da lei de licitação na administração pública.

A justificativa para a escolha da temática partiu do entendimento que descritas em um só documento, e transferindo os processos de licitatórios para a forma remota, a Nova Lei de Licitações (nº 14.133/2021) trouxe um leque de melhorias aos processos, tornando-os mais simples e flexíveis; agilizando de maneira eficaz, ao criar melhores condições de contratação e gestão de contratos, as obras e serviços de engenharia; e, conseqüentemente, da administração pública e financeira do país.

Para que o estudo fosse, de fato efetivado, se utilizou o tipo de pesquisa nas modalidades: bibliográfica, exploratória e descritiva com abordagem qualitativa.

Segundo Vergara (2019) a pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído, principalmente, de livros e artigos científicos e é importante para o levantamento de informações básicas sobre os aspectos direta e indiretamente ligados à nossa temática. Desta forma, recorreu-se a pesquisar livros, artigos, monografias, teses de doutorado, dissertações de mestrado, revistas eletrônicas, *sites* especializados com o objeto de pesquisa, dentre outros meios.

Em relação à pesquisa exploratória, segundo Gil (2008), enquadram-se na categoria dos estudos exploratórios todos aqueles que buscam descobrir ideias e intuições, na tentativa de adquirir maior familiaridade com o fenômeno pesquisado.

A abordagem metodológica que conduziu esta pesquisa foi a qualitativa, entendendo que, segundo Boaventura (2017, p. 12) este tipo de abordagem é uma espécie de representatividade do grupo maior dos sujeitos que participarão no estudo. Porém, não é, em geral, a preocupação dela a quantificação da amostragem. E, ao invés da aleatoriedade, decide intencionalmente, considerando uma série de condições (sujeitos que sejam essenciais, segundo o ponto de vista do investigador, para o esclarecimento do assunto em foco; facilidade para se encontrar com as pessoas; tempo do indivíduo para as entrevistas, etc.)

Para a análise qualitativa foi feita uma seleção dos dados coletados e posteriormente transferida para análise descritiva. Os dados qualitativos serão analisados por meio da técnica de análise de conteúdo, levando-se em conta a saturação desses mesmos dados. Primeiramente foram selecionados documentos, após analisadas e repassadas para o texto.

2 ALTERAÇÕES DA LEI DE LICITAÇÃO Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021E SEU IMPACTO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Conceitos, finalidades e características da administração pública

O conceito de administração pública, ao longo dos anos, foi sendo cada vez mais modificado e adaptado de acordo com cada realidade histórica. Na Grécia e na Roma Antiga, os primórdios da civilização moderna, por exemplo, a noção de organização e administração era diretamente ligada ao *patre* (pai de família), constituindo assim a Teoria Patriarcal. Contudo, como apontado anteriormente, essa definição foi se alterando de acordo com as necessidades emergentes do capitalismo. A simples organização familiar foi sendo substituída pela complexa organização da máquina estatal.

Dessa maneira, segundo Araújo (2014),

A expressão administração advém do verbo latino ad (direção, tendência para) e minister (subordinação e obediência), que combinado com a res

publica (coisa pública, do povo) significam segundo o professor José Afonso da Silva, que a: “Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas.” (SILVA, 2011, p. 656, apud ARAÚJO, 2014)

Portanto, como observado pelo autor, o moderno conceito de administração pública diz respeito ao poder de gestão do Estado, no qual inclui o poder de legislar, fiscalizar e regulamentar, através de seus órgãos e outras instituições; a consecução dos interesses coletivos da população de modo efetivo. Ou seja, em outras palavras simplórias, significa a função gestora do Estado para executar atividades em prol do seu maior cliente: o cidadão.

Contudo, como já mencionado, essa definição não foi sempre a mesma; pelo contrário. Houveram diversas transformações nas sociedades que impactaram diretamente a forma de organização das mesmas. Em vista disso, é importante apresentar o curso histórico que se deu para que o conceito contemporâneo de administração pública ganhasse lugar.

De acordo com a Teoria do Impulso Associativo Natural, por exemplo, desde os primórdios do Jardim do Éden, os indivíduos isolados viram a necessidade de se associarem para que pudessem ajudar, nascendo assim a noção de família. E dessa união, foram se formando agrupamentos e mais agrupamentos de famílias, tomando forma ao que hoje conhecemos como cidades/estados e países.

Ademais, de acordo com as novas necessidades e as novas demandas, esse povo começou a mudar seu estilo de vida, passando de nômades a agricultores, e isso fez com que o homem começasse a se fixar em um território. Ou seja, com o passar dos tempos, de uma sociedade simples formada por famílias e chefiada pelos *patres*, a nova e complexa sociedade passou a exigir uma organização mais firme e mais rígida; tendo como finalidade uma melhor convivência social.

Dessa maneira, os povos passaram a ter uma maior consciência sobre suas formas de vida e organização. Na Grécia antiga, por exemplo, as pequenas aldeias

foram se agrupando até formarem as famosas *polis*; já em Roma, de acordo com Castro (2011), surgiram diversas instituições e conceitos que existem até hoje, como o Senado e as assembleias.

Por conseguinte, depois de fazer uma breve excursão sobre os berços da civilização moderna e ocidental, é necessário colocar em pauta, como aponta o presente tópico, a história da administração pública do Brasil, bem como a maneira que ela é vista e compreendida na contemporaneidade.

De acordo com Costa (2008,p. 03),

Administração Pública é uma expressão polissêmica, pois designa ao mesmo tempo uma instituição, um corpo de funcionários, uma forma de gestão e uma disciplina. Neste contexto, a instituição é o aparato administrativo que dá consequência às decisões do governo, quer dizer, que implementa as políticas públicas. É o conjunto de organismos que administra a res publica; o corpo de funcionários que dá vida a essas entidades. É o repertório de atividades governamentais destinadas à realização do interesse público ou bem comum de uma coletividade.

Em outras palavras, a administração pública é o meio pelo qual o governo implementa suas decisões e políticas públicas em prol da sociedade, pelo menos em teoria. É como o Estado presta seus serviços condizentes ao interesse público. Ademais, como assegurado por lei, o art. 37 da Constituição Federal de 1988 traz por meio de cinco princípios essenciais, que a administração pública deve zelar na prática de seus atos: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*. (GASPARINI, 2011)

Contudo, antes de explicitar cada um dos princípios acima apresentados, é importante ressaltar que esse preceito da administração pública nem sempre esteve presente nas constituições brasileiras e no interesse central dos governos que pelo país passaram.

De acordo com Araújo (2014), “a evolução da administração pública em nosso país passou por três modelos diferentes: a administração patrimonialista, a administração burocrática e a administração gerencial”. Todas foram sendo instituídas sucessivamente ao longo do tempo, sem contudo significar que alguma delas tenha sido totalmente descartada pela modernidade.

Em relação à administração patrimonialista, o aparelho do Estado é a extensão do próprio poder do governante e da nobreza; característica essa dos estados absolutistas europeus do século XVIII. No caso brasileiro, foi Portugal que trouxe essa modalidade à então colônia.

Dessa maneira, a coroa portuguesa concedeu aos seus nobres amigos, treze porções de terras brasileiras denominadas capitânicas, a fim de que os mesmos investissem e promovessem a exploração dos recursos da colônia portuguesa. Portanto, como é possível observar, o sistema era caracterizado por uma administração patrimonialista, onde o monarca, de acordo com suas próprias vontades, arrendava terras aos seus compatriotas; corrupção essa, inerente a esse tipo de administração.

Portanto, para combater o visível nepotismo de épocas passadas, o Brasil adota a administração pública burocrática; onde o princípio atual de impessoalidade já se encontrava em vigor. Ademais, o formalismo, a hierarquia funcional, a ideia de carreira pública e a profissionalização do servidor, também faziam parte dessa nova modalidade, sustentada pela ideia de poder racional-legal.

Contudo, devido a certas demandas, o grande perigo desse tipo de administração é que ela pode perder sua missão fundamental, que é trabalhar em prol da sociedade; podendo ela acabar se voltando para si mesma, se tornando autorreferente. Por conseguinte, baseando-se na administração burocrática, o Brasil apresenta uma nova solução aos problemas enfrentados pela institucionalidade anterior, que é a administração pública gerencial.

Ainda segundo Sebastião Brito de Araújo (2014),

Prioriza-se a eficiência da Administração, o aumento da qualidade dos serviços e a redução dos custos. Busca-se desenvolver uma cultura gerencial nas organizações, com ênfase nos resultados, e aumentar a governança do Estado, isto é, a sua capacidade de gerenciar com efetividade e eficiência. O cidadão passa a ser visto com outros olhos, tornando-se peça essencial para o correto desempenho da atividade pública, por ser considerado seu principal beneficiário, o cliente dos serviços prestados pelo Estado.

Portanto, o atual Brasil, pautado na divisão do exercício do poder em funções: poder executivo (administração dos assuntos do Estado), legislativo (que edita normas de conteúdo geral e observância obrigatória, visando a regular e ordenar a vida em sociedade) e judiciário (a quem incumbe compor litígios surgidos na aplicação e interpretação das normas jurídicas); a administração pública fica a cargo do Executivo, sem descartar a harmonia que deve haver com os outros poderes.

Por fim, como o princípio da legalidade, instituída no art. 37 da Constituição Federal de 1988, impõe a submissão da atividade administrativa à lei, é possível concluir que os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência “impõe ao administrador público não apenas o dever de agir dentro dos limites traçados pela legislação, como também o de fazê-lo sempre de boa-fé, afastado o intuito de ludibriar ou induzir em erro ao administrado” (SOUZA, 2017)

2.2 O papel da licitação na Administração Pública

Como visto no tópico anterior, a administração pública na sua acepção formal constitui-se do conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo. Sob o aspecto material é o conjunto de funções necessárias à realização dos serviços públicos (MEIRELLES, 2008). Portanto, em decorrência dos aspectos apresentados, trata-se da função gestacional dos serviços públicos em prol do bem da sociedade.

Para tanto, o processo licitatório é o principal meio pelo qual a Administração Pública contrata obras, serviços, compras e alienações, possuindo como objetivos

principais, de acordo com a Lei nº 8666/93, Art. 3º: selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública; garantir igualdade de condições a todos que queiram contratar com o Poder Público; e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

Ademais, segundo Amorim (2020, p.23),

A licitação pode ser compreendida como o procedimento administrativo formal pelo qual, sob determinação legal, uma pessoa governamental, com base em condições previamente estipuladas e em observância aos princípios da Administração Pública, busca selecionar a proposta mais vantajosa para a consecução de uma pretensão contratual voluntária [...] Por “pretensão contratual” entenda-se toda e qualquer espécie de tratativa bilateral passível de ser realizada: aquisição de bens, contratação de serviços e obras, alienação de bens móveis e imóveis, concessão e permissão de serviços públicos, concessão de uso, permissão de uso de bem público, entre outras espécies de avenças contratuais.

Dessa maneira, a contratação e a análise da licitação e dos contratos advindos da mesma, são fundamentais para a administração pública e para a sociedade; pois a licitação deve ser vista e tratada como um instrumento de controle da aplicação do dinheiro público, em total parceria com o bem comum. Portanto, é de suma importância entender como o processo de licitação funciona e como o Estado faz uso do mesmo.

Para tanto, de acordo com Michele Amorim (2019), a licitação pode ser usada como instrumento de uma “administração transparente e eficiente, ressaltando a igualdade de condições no processo licitatório”. Por conseguinte, ela garante uma concorrência justa e igualitária, selecionando o que melhor se enquadrar nos interesses do estado. E essa resolução, teoricamente, impede o nepotismo e a corrupção na administração pública e nos governos.

Haja vista, é possível identificar que o processo de licitação é regulamentado

de acordo com a legislação vigente, respeitando os limites da lei de licitações e contratos administrativos. Outrossim, fazendo correlação entre a administração pública e a licitação, também é importante ressaltar que a própria não está dispensada do processo licitatório; pois a dispensa do cumprimento não se opera automaticamente, ainda que os fatos se enquadrem em uma das hipóteses do art. 17.

Ademais, segundo Carvalho Filho (2011 apud AMORIM, 2019),

A Lei sobre a Licitação elenca as modalidades de licitação, sendo elas: a Concorrência Pública, Tomada de Preços, Convite e o Leilão, tendo entre si como diferenças com exceção do leilão, os valores, a publicidade, a complexidade na elaboração do Edital, e a exigência nos documentos de proposta e habilitação.

Em outras palavras, existem diversas modalidades dentro do processo licitatório, dentre elas o convite (Lei nº 8.666/93, art. 22, § 3º); a tomada de preços (Lei nº 8.666/93, art. 22, § 2º). A concorrência pública (Lei nº 8.666/93, art. 22, § 1º), o leilão (Lei nº 8.666/93, art. 22, § 5º), o concurso público (Lei nº 8.666/93, art. 22, § 4º) e o pregão (Lei nº 10.520/02); cada uma possuindo seus valores e definições previstos em lei. Quantidade de parcelas, valor mínimo, melhor técnica e melhor desempenho são alguns dos fatores avaliados.

Para tanto, de Michele Amorim (2019), ambas as licitações (direta e indireta), são meios para se obter um maior controle de fiscalização das atividades do administrador público relacionadas à contratação de obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito da atividade administrativa. Dessa maneira, através da legislação e do monitoramento, como já ressaltado, cabe à população e aos administradores, estarem sempre atentos aos princípios e normas dos processos licitatórios que devem visar o bem comum.

Além disso, outro fator importante que deve ser levado em consideração, é a questão da obrigatoriedade de licitar. Segundo Victor Amorim (2020, p. 33),

A obrigatoriedade da realização de licitações públicas encontra seu imperativo normativo no inciso XXI do art. 37 da CRFB de 1988: XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988). Com efeito, a obrigação de licitar abrange todos os órgãos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, o que foi objeto de expressa menção pelo art. 117 da Lei no 8.666/1993.

Portanto, como exposto, as licitações não são uma opção aos administradores dos entes federativos. Para que algo seja executado seguindo os moldes da lei, é necessário que o processo licitatório seja solicitado e aprovado pelos órgãos superiores que melhor avaliam as propostas e as necessidades que vão ao encontro com os interesses do Estado e, em teoria, da sociedade.

2.3 As principais alterações da lei de licitação nº 14.133, de 1º de abril de 2021e seu impacto na administração pública

É de conhecimento geral que as sociedades vêm se modificando e se modernizando cada vez mais ao longo dos tempos. Os avanços científicos e tecnológicos da contemporaneidade, de forma direta ou indireta, alteram de forma significativa os valores e costumes que norteiam a vida humana. No caso da sociedade brasileira, as mudanças alcançaram um novo patamar: as relações entre a jurisdição pública do estado e a legislação vigente.

Para tanto, como já visto ao decorrer do artigo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresenta em texto o conceito de licitação e suas funções e relações para com a administração pública do país; que visando o bem comum da sociedade, estabelece normas e preceitos sobre a contratação de obras e serviços pelo setor administrativo do estado.

Em sinopse, Frias (et. al, 2021) estabelece que,

Licitação é um procedimento administrativo e obrigatório, ao qual antecede a análise de propostas e bens de aquisição, utilizado pela administração pública para a contratação de obras e serviços, compras, alienações e locações, com objetivo de assegurar igualdade e condições a todos que tenham interesse em realizar um contrato com o Poder Público por meio da licitação. Conforme a Lei 8.666/93, estabelece a contratação por meio da proposta mais vantajosa para o interesse público, composta pelas seguintes modalidades: concorrência, leilão tomada de preço, pregão, convite e concurso, os critérios de julgamento dependendo da modalidade licitatória, são baseados por meio do menor preço, melhor técnica, técnica e preço ou maior oferta estabelecidos pela administração. Sendo de suma importância respeitar os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, isonomia, probidade administrativa, moralidade, publicidade, celeridade, julgamento objetivo e vinculação ao Instrumento Convocatório de acordo com as diretrizes.

Todavia, apesar do processo licitatório ser eficiente e visar o bem da sociedade, ele se tornou “atrasado” em relação às mudanças contextuais do cenário brasileiro; levando ao ponto central que a pesquisa em questão busca compreender: os impactos causados pela nova lei de licitações nº 14.133/2021. Contudo, para que melhor se possa compreender essas alterações, é importante frisar o que estava em voga na lei de licitações anterior, de nº 8.666/1993.

Segundo Cretella Jr. (1999), o rito, os prazos e a amplitude de divulgação variam de acordo com a modalidade de licitação; dentre as quais: Convite; Tomada de preços; Concorrência pública; Leilão; Concurso público e Pregão. Para tanto, em relação a primeira, pode-se dizer que é a modalidade de licitação em que a empresa licitante é convidada para participar por meio de uma carta-convite, sendo exigida a participação de pelo menos três empresas concorrentes na disputa

Na sequência, a tomada de preços diz respeito “à modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições

exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”. (Art. 22, § 2º, Lei 8.666/93). Já em relação à concorrência, se trata da disputa de preços acontece entre quaisquer interessados que, durante a fase inicial de habilitação preliminar, consigam comprovar os requisitos mínimos de qualificação previstos no edital.

Ademais, a modalidade licitatória do leilão tem como objetivo vender móveis que não servem mais para a administração pública; já o concurso público é a disputa intelectual entre quaisquer interessados no trabalho técnico, científico ou artístico. E o pregão, por fim, diz respeito a uma disputa feita através de lances sucessivos, em sessões públicas e eletrônicas. (AMORIM, 2020)

Contudo, e essa é uma das grandes novidades da nova lei de licitações nº 14.133/2021, os modelos de licitações por tomada de preços e convite para contratação foram extintos; abrindo lugar a uma nova modalidade: o diálogo competitivo. Segundo Frias (et. al, 2021, p. 06),

O diálogo competitivo é uma modalidade licitatória que surge para ajudar a dar vazão para esses modos de relacionamento entre as empresas e a administração pública. O processo funciona por diálogos entre os licitantes selecionados. Essas empresas poderão debater inovações tecnológicas capazes de atender as necessidades do projeto até que uma proposta final seja alcançada. Nesse sentido, a definição do tipo de licitação não será mais realizada por conta do valor estimado para a contratação, mas apenas pela natureza do objeto.

Ademais, houveram mudanças também em relação aos critérios de julgamento das propostas. De acordo com Pereira e Correia (2022), os critérios de menor preço, técnica e preço, e maior lance no caso de leilão, continuaram os mesmos. Contudo, as novidades da nova lei trazem uma maior flexibilidade ao inserir critérios de maior desconto; melhor técnica ou conteúdo artístico; e maior retorno econômico.

Em adição, também é plausível citar que houveram alterações na licitação dispensável, nos prazos de divulgação e na vigência do contrato. Dessa maneira, possuindo como objetivo comum, todas as alterações da Nova Lei de Licitações buscam otimizar e facilitar os processos envolvidos na compra e na contratação de bens e serviços.

Portanto, descritas em um só documento, e transferindo os processos de licitatórios para a forma remota, a Nova Lei de Licitações (nº 14.133/2021) trouxe um leque de melhorias aos processos, tornando-os mais simples e flexíveis; agilizando de maneira eficaz, ao criar melhores condições de contratação e gestão de contratos, as obras e serviços de engenharia; e, conseqüentemente, da administração pública e financeira do país.

A modalidade do contrato proveniente de irregularidades na licitação ou na execução somente é adotado após a análise de interesse público e de vários aspectos impactantes da melhor solução artigo 145 e incisos, segundo Niebuhr (2019, p. 11) cumpre lembrar que,

a Nova Lei de Licitações deixa de determinar a modalidade em razão do valor, mas sim pelo objeto do contrato. Por esse motivo, as modalidades de convite e tomada de preços passam a não mais existir. As modalidades que passam a ter validade a partir da entrada em vigor da nova lei são: Concorrência; Pregão; Leilão; Concurso; e Diálogo competitivo. A concorrência será cabível às contratações de bens e serviços especiais.

Neste sentido os aspectos que causou mais impacto sobre o tramite do projeto de lei na câmara dos deputados foi o aumento dos valores de seguros com base na lei nº 8.666/93, o seguro é opcional sendo correspondente a 5% do valor e pode chegar a 10% para contratações mais caras e difíceis, segundo Justen (2013, p.13),

Posteriormente a entrada em vigor da lei, poderá advir seguro (que continua sendo opcional) de até 30% do valor inicial do contrato, para contratações de mais de 200 milhões de reais. A maior inovação é a cláusula de *step in*, também

em caráter opcional, em que a seguradora, no inadimplemento da contratada, encarrega-se da execução e cumpre inteiramente o contrato ajustado. Refere-se a uma relevante novidade, porém deve-se analisar previamente a cláusula antes de contratar o seguro, se ela não irá encarecer demais o contrato.

O autor ainda complementa que outra novidade é a criação do portal acional de contratações públicas que é formado por representantes de diversos entes federativos constituindo uma rede nacional de contratações públicas, o orçamento de recrutamento estimado pode ser confidencial e é tornado público após o julgamento da proposta 'no entanto, essa confidencialidade não afetará os órgãos de controle interno e externo', segundo Madeira (2010, p. 15) ,

a nova lei costuma estipular que as comissões de licitação não sejam compostas por pelo menos três servidores, mas por licitações diárias. Trata-se de um sistema mais próximo da camada inferior, o que significa que o poder é delegado a agentes com as devidas qualificações, e a menos que haja suporte Além da ajuda da equipe, ele deve ser funcionário.

Com isso outra mudança foi o aumento do valor do contrato que pode ser firmado diretamente aumentando o contrato de serviço e compra para cinquenta mil reais e cem mil reais para a realização de serviços de engenharia automotiva e manutenção, de acordo com o dispositivo no artigo 8º e vez de membros da comissão de licitação designar um agente contratante. Segundo Niebuhr (2019, p. 17),

Adicionalmente, nos termos do artigo 10.º do seu direito público, as autoridades e funcionários que participem no processo de licitação e nos contratos serão representados pelo direito público. O processo licitatório divide-se nas seguintes etapas: preparação, editais de licitação, apresentação de propostas e licitações, julgamento, habilitações, recursos e certificação (art. 17, arts. 1º a 7º).

Algumas outras mudanças podem ser vistas quando se observa a tabela abaixo,

Tabela 01 – algumas mudanças da lei

O artigo 20 determina que as audiências públicas serão realizadas durante o processo licitatório com base na atuação e sugestões dos interessados

O artigo 23 reconhece o sigilo das estimativas orçamentárias e as torna públicas na fase de licitação.

O artigo 24 para a prestação de obras, serviços e um grande número de pessoas, os vencedores devem ser obrigados a desenvolver um plano de integridade, que deve ser implementado de acordo com as leis e regulamentos externos e internos

O artigo 26 para cidades e vilas com uma população de até 50.000 habitantes, uma margem preferencial de até 10% pode ser fixada

O artigo 57 a desclassificação de propostas no caso de obras e serviços de engenharia não pode ser realizado quando inferiores a 75% do valor orçado pela Administração, prevendo a garantia adicional em propostas inferiores a 85%

Fonte – Madeira, 2010

Para concluir Madeira (2010) afirma que em caso de atraso no pagamento superior a dois meses pode ser utilizada a modalidade de contratação, o pagamento está atrasado por mais de 45 dias podendo operar com a taxa de juros prescrita e 0,2% de juros mensais, pode haver meios alternativos de prevenção e solução de controvérsias especialmente solução, mediação e arbitragem. Segundo Niebuhr (2019, p. 19)

Os recursos administrativos para julgamento da proposta, habilitação, revogação ou cancelamento serão de três dias úteis, sendo que os recursos administrativos utilizados para o julgamento serão acompanhados da manifestação de intenção (art. 163, inciso 1, § 1º, item 1 e § 1º) Item 2. De acordo com o Artigo 173, incisos e parágrafos, foi estabelecido um comitê de gestão de compras públicas incluindo contratos municipais.

É inovador em vários aspectos incorpora precedentes judiciais em diversos assuntos e está relacionado ao direito administrativo contemporâneo, é também

possível perceber que houve progresso nas possibilidades de mediação, solução de controvérsias e integridade da administração pública.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a licitação funciona sequencialmente da seguinte maneira: publicação de edital, em que a administração pública publica o edital de licitação, com objetivos, prazos e condições de participação; elaboração de propostas, onde os licitadores preparam propostas e reúnem documentos para a seguinte fase; na sessão de abertura e habilitação, as documentações são avaliadas, habilitando-se ou não o avaliado; classificação e julgamento das propostas, em que os envelopes com as propostas são abertos e se inicia a classificação e julgamento; e a homologação, adjudicação e contratação, onde por fim é declarado o vendedor.

Houve mudanças na agenda em um dado que a lei foi promulgada lá e em um cenário econômico diferente. Não havia dúvida de que a lei era necessária neste momento. No entanto, hoje são necessárias pequenas mudanças para eficiência e eficácia para seus usuários. Você pode ver que existem vários que tratam desse problema, alguns vão além de apenas estudar o cenário atual de propostas apresentadas pela legislação

Ademais, é possível concluir que a licitação garante e regulariza o princípio constitucional da isonomia, que tem por objetivo fazer com que a administração realize uma contratação proveitosa, não apenas no preço mais na qualidade do produto ou serviço em tempo hábil; visando, acima de tudo, o bem comum e igualitário. Dessa maneira, a licitação é essencial para que a máquina administrativa do estado funcione de maneira eficaz e limpa.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Michele. **A importância da licitação na administração pública: preceitos fundamentais.** Site Jus.com.br, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/>

artigos/74882/a-importancia-da-licitacao-na-administracao-publica-preceitos-fundamentais. Acesso em: 06/06/2022.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 3. ed. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

ANDRADE, Maria Margarida. **Introdução a metodologia do trabalho científico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ARAÚJO, S. B. **Evolução da administração pública no Brasil focando o princípio da eficiência**. 2014. 22 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2014

ARAÚJO, S. B. **Evolução da administração pública no Brasil focando o princípio da eficiência**. 2014. 22 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2014.

ASSIS, M. M A; VILLA, S.T.C. **O Controle Social e a Democratização da Informação: Um processo em construção**. Revista Latino-Americana de Enfermagem [online], v. 11, n. 3, p. 376-382, 2003. ISSN 0104-1169.

BERGUE, Sandro Trescastro. **Administração pública**. 2. ed. rev. e atual. Caxias do Sul: Educs, 2015.

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-lei 200/67, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Lei nº 11.079/2004, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

_____. Lei nº 12.462/2011, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003.

_____. Lei nº 8.666/1993, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

_____. PL nº 32/2007. Institui o Código de Licitações e Contratos da Administração Pública, com fundamento no art. 22, inciso XXVII, e regulamentação ao art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, define a conduta ética dos agentes públicos, procedimentos e processo sobre o tema e convênios, revoga a Lei de Licitações e Contratos nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e a Lei do Pregão nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dá outras providências.

_____. PL nº 559/2013. Estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações), a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (que instituiu a modalidade de pregão nas licitações) e os arts. 1 a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC) (Projeto da nova lei de licitações, da Comissão Temporária de modernização da Lei de Licitações e Contratos).

_____. Parecer aprovado em 09/11/2016 – CEDN. Estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações), a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (que instituiu a modalidade de pregão nas licitações) e os arts. 1 a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC) (Projeto da nova lei de licitações, da Comissão Temporária de modernização da Lei de Licitações e Contratos).

CAMÕES, M. R. S. O.; PANTOJA, M. J. O.; BERGUE, S. T. O. **Administração pública**. 2010.

CAMÕES, M. R. S.; MENESES, P. P. M. **Administração pública**. 2016.

CASTRO, Flávia de. História do direito geral e Brasil. 8. ed. rev. Rio de Janeiro:

CASTRO, Flávia de. **História do direito geral e Brasil**. 8. ed. rev. Rio de Janeiro:

CERVO, Amado Luiz. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CHIAVENATO, I. **Administração geral e pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CHIAVENATO, I. **Licitação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CHIAVENATO, I. **Licitação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

COSTA, Frederico Lustosa da. **Prefácio a uma história da administração pública brasileira**. XXXII Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro, 2008.

CRETELLA JR., J. **Licitações e Contratos do Estado**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DA SILVA, C. G. C.; DOS SANTOS, E. P.; CAFFÉ FILHO, H. P. **Licitação/ The Management of People in the Public Sector: A bibliographic review in the contemporary Brazilian scenario**. **ID on line REVISTA DE PSICOLOGIA**, v. 13, n. 45, p. 642-654, 2019.

DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PRIETO, M. S. Z. **Direito Administrativo**, 18ª Ed., São Paulo: Atlas 2005 e 20ª Ed. São Paulo, 2007.

DONEDA, E; SELOW, M. L. C. MOTIVAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO. **Licitação**, v. 4, n. 1, 2017.

FEITOZA, J. P. M. **Licitação**. Disponível em: <www.grh.ufs.br/Tendencias_Gestao_Pessoas_Servico_Publico.ppt> Acesso em: 23 set. 2019.

FELIPE, A. A; PRADO, I. B. S. P; OMETTI, P. R. R. G. **Licitação**. Cadernos, v. 1, n. 2, p. 17-27, 2018.

FILIPPIN, E. S.; GEMELLI, I. M. P. **Licitação**, v. 9, n. 1-2, p. 153-180, 2010.

FRIAS, Beatriz da Rocha [et. al]. **Impactos da alteração da lei de licitações e contratos administrativos, na elaboração de propostas de preços nas obras de construção civil**. v.7, n.11. Curitiba: Brazilian Journal of Development, 2021

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva 2011.

GIL, A. C. **Licitação**. São Paulo: Atlas, 2007.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 5. Ed. São Paulo Atlas, 2008

GOMES FILHO, Adhemar Bento. **Licitação**. 2005.

GUIMARÃES, Lurdinéia Almeida; DE BRITO OLIVEIRA, Ana Flávia Ferreira. **Licitação/The Importance of Municipal Public Management training for Public Managers in the Exercise of their Functions**. **ID on line REVISTA DE PSICOLOGIA**, v. 13, n. 45, p. 356-372, 2019. <https://www.in.gov.br/en/web/>

dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 1. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2013. Lumen Juris, 2011.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração pública**. 11 ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010

MARRAS, J. P. **Licitação**. 12. ed. São Paulo: Futura, 2007.

MEIRELLES, H. L. **Licitação**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, H. L. **Licitação**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, A. K. T.; BRYTO, K. K. C. **Licitação**. Revista de Administração e Contabilidade-RAC, v. 5, n. 9, p. 1-22, 2018.

NASCIMENTO SOUSA, P. **Licitação**. REVISTA CIENTÍFICA DA FACULDADE DE BALSAS, v. 9, n. 2, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da isonomia na licitação pública**. 1999. 186 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas - especialidade Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019

PEREIRA, Carlos Alexandre; CORREIRA, José Fernandes. **Principais mudanças da nova Lei de Licitações**. MT: Olhar Jurídico, 2022.

PIRES *et al.* **Licitação**, 2009. Disponível em: <www.ena.gov.br> Acesso em: 23 set. 2019

SANTOS RIBEIRO, C. V.; MANCEBO, D. **Licitação**, v. 33, n. 1, p. 192-207, 2013.

SIQUEIRA, M. V. S., MENDES, A. M. (2009). **Licitação**. Revista do Serviço Público, 60(3), 241-250.

SOUZA, Motaury Ciocchetti. **Administração Pública**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Penal. Christiano Jorge Santos (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

TAKEDA, T. O. **Licitação**. 2009. Disponível em: <www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1233>. Acesso em: 23 set. 2019.

VAZ, B. C. *et al.* **Licitação**. VITRINE DE PRODUÇÃO ACADÊMICA PRODUÇÃO DE ALUNOS DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DOM BOSCO, v. 6, n. 1, 2019.

98 - 127

Artigo

**A EXTENSÃO DO PRAZO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI
EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA E O
PLENO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR**

DÉLIS VIVIANNE DE AZEVÊDO SIQUEIRA CAMPOS, DIONE CARDOSO DE ALCÂNTARA

A EXTENSÃO DO PRAZO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA E O PLENO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

THE EXTENSION OF THE TERM OF THE MATERNITY LEAVE TO THE FATHER IN FACE OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF ISONOMY AND THE FULL EXERCISE OF FAMILY POWER

DÉLIS VIVIANNE DE AZEVÊDO SIQUEIRA CAMPOS

Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi. delisvivanneasc@gmail.com. Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário Uninovafapi, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. <http://lattes.cnpq.br/9263908913920289>,

DIONE CARDOSO DE ALCÂNTARA

Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza-UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil (2003/RJ), Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes - UCAM (2006/RJ), Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo (2021/SP) e em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Superior de Advocacia do Piauí- ESA/PI/UNINOVAFAPI (2021/PI). Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2001/CE). dione.alcantara@uninovafapi.edu.br. <http://lattes.cnpq.br/6523333357521002>

RESUMO: O presente artigo tratará sobre a relevante desigualdade nos prazos das licenças-paternidade e maternidade no Brasil, sob a óptica dos princípios constitucionais da isonomia, dignidade da pessoa humana e da proteção da criança. Buscou-se compreender sinteticamente o conceito e as características de tais institutos com base na legislação, jurisprudência consolidada e na doutrina. Além disso, analisaram-se as mudanças geradas pela Lei 11.770/08. Esse trabalho foi desenvolvido com o intuito de propiciar um debate social e acadêmico acerca da necessidade de equiparar-se homens e mulheres não só no texto legal, mas para efetivar o pleno exercício do poder familiar e com isso, instigar o senso crítico acerca desse tema tão atual e relevante, vindo inclusive a ser debatido nas cortes brasileiras. Por fim, observou-se que a legislação trabalhista brasileira acerca dos prazos de licença encontra-se defasada, em desacordo com a norma jurídica constitucional e em descompasso com a realidade do século XXI, onde ambos os pais são igualmente responsáveis pelo bem-estar do filho e cada vez mais é necessária a divisão proporcional das responsabilidades familiares.

Palavras-chave: Prazo. Licença-paternidade. Licença-maternidade. Princípios. Poder familiar.

ABSTRACT: This article will deal with the relevant inequality in terms of paternity and maternity leaves in Brazil, from the perspective of the constitutional principles of isonomy, human dignity and child protection. We sought to understand synthetically the concept and characteristics of such institutes based on legislation, consolidated jurisprudence and doctrine. In addition, the changes generated by Law 11,770/08 were analyzed. This work was developed with the aim of providing a social and academic debate about the need to equate men and women not only in the legal text, but to effect the full exercise of family power and, with that, instigate a critical sense about this topic. so current and relevant, even

coming to be debated in the Brazilian courts. Finally, it was observed that the Brazilian labor legislation on leave terms is outdated, in disagreement with the constitutional legal norm and in disagreement with the reality of the 21st century, where both parents are equally responsible for the well-being of the worker. child and the proportional division of family responsibilities is increasingly necessary.

Keywords: Term. Paternity leave. Maternity leave. Principles. Family power.

1 INTRODUÇÃO

O direito trabalhista brasileiro assegura aos genitores a interrupção por tempo determinado de seu contrato de trabalho em caso de adoção ou nascimento da prole. Este período é conhecido como licença-maternidade e licença-paternidade, e, a princípio, são direitos comuns para ambos os pais. No entanto, há uma considerável discrepância e aparente violação ao princípio constitucional da isonomia quanto aos prazos a estes concedidos. Para a mãe tem-se que o período de licença é por 120 dias ou 180 dias, em caso de a empregadora ter aderido ao programa “Empresa Cidadã”, previsto na Lei n.º 11.770/2008. Já para o pai, esse prazo se reduz para 5 dias ou 20 dias, pela mesma razão.

Ressalte-se que tal interrupção do contrato de trabalho dos pais, visa tão somente tutelar à criança. Resguarda assim, o direito da criança ter a presença e a assistência de seus pais ou adotantes no seio familiar. Ademais, o acompanhamento pormenorizado dos pais é uma obrigação decorrente do poder familiar que estes exercem para com os filhos, oriundo do imperativo constitucional do art. 229. Tal dispositivo impõe que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, se pai e mãe exercem o mesmo poder para com os filhos e a dinâmica social frenética atual requer uma distribuição igualitária, ou, pelo menos, proporcional, das responsabilidades dos pais, por que ainda se tem prazos de licenças distintos quando as próprias legislações constitucional e trabalhista prezam pelo princípio da isonomia?

À vista disso, e considerando a falta de legislação específica que regule a extensão do período da licença-maternidade ao pai, e com o devido reconhecimento

que o assunto merece, torna este artigo relevante no sentido de trazer à tona a importância e a necessidade que tem a pessoa do pai no seio familiar e social.

Nesse contexto, pretende-se analisar a possibilidade de extensão do prazo da licença-maternidade ao pai em face dos princípios constitucionais, trabalhistas, cíveis e de outras legislações conexas. Para isso, pretende-se conceituar e apresentar o contexto no qual devem ser concedidas ambas as licenças, bem como identificar as consequências práticas da concessão do prazo da licença-maternidade ao pai, no Brasil.

Adotou-se o método da pesquisa bibliográfica documental, realizado por meio do levantamento de informações e conhecimentos provenientes de leis, doutrinas jurídicas e artigos científicos, assim como do posicionamento majoritário dos Tribunais Superiores brasileiros acerca deste assunto, compulsando a jurisprudência nacional.

Dessa forma, com fins didáticos e para melhor compreensão do assunto, este artigo está organizado em três tópicos que abordarão, respectivamente: análise baseada nos princípios e legislações atuais acerca da possibilidade de extensão do prazo de licença-maternidade ao pai, conceito e contexto das licenças e as consequências práticas da concessão do prazo da licença-maternidade e paternidade no Brasil.

2 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO PRAZO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI EM FACE DOS PRINCÍPIOS E DAS LEGISLAÇÕES

Para melhor compreender o direito, é necessário conhecer suas fontes. Gagliano e Filho (2019, p. 74) entendem que fontes do direito “são meios pelos quais se formam ou se estabelecem as normas jurídicas”, ou seja, são “instâncias de manifestação normativa”. Nesse sentido, os referidos autores afirmam que são fontes do direito: legislação, costume, jurisprudência, doutrina, analogia, princípios gerais do direito e a equidade.

Por esse norte, o art. 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1988b) prevê que diante da omissão legislativa, caberá ao magistrado decidir o caso concreto amparando-se na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito. Ademais, trazendo para realidade do direito trabalhista, o *caput*, do art. 8.º, da Consolidação das Leis Trabalhista (DL 5.452/43) dispõe que, *in verbis*:

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (BRASIL, 1943).

Nesse viés, tem-se que os princípios são balizadores fundamentais para a aplicação do direito diante do caso concreto principalmente quando a legislação é omissa ou apresenta lacunas. Assim, Nader (2014, p. 195) ressalta que os princípios são importantes em duas fases principais: na elaboração das leis e na aplicação do Direito, pelo preenchimento das lacunas da lei.

Portanto, partindo do pressuposto de que os princípios são essenciais para aplicação do direito e preenchimento de lacunas legislativas, imperativo analisar a extensão do período de licença-maternidade ao pai com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da proteção da criança, visto que o direito brasileiro regulou estes prazos de forma distinta entre pai e mãe como se o fundamento de criação das licenças não fosse o mesmo: o bem-estar da criança e da família.

2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

Após os ataques à vida humana oriundos das duas grandes guerras mundiais, em meados dos anos de 1914 a 1945, a humanidade passou a ressignificar

o valor da vida e do conceito de pessoa humana. No agora, a dignidade da pessoa humana é vista como o bem jurídico primordial a ser tutelado pelos ordenamentos jurídicos os quais passaram a acatar com o status de princípio e como um direito da personalidade.

Outrossim, seguindo a evolução dos direitos sociais e a tendência mundial de proteção aos direitos humanos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado pela Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, mas apenas em 1934 surgiu no texto constitucional brasileiro, qualificando a pessoa humana outrora objeto, agora, sujeito de direitos e deveres a serem tutelados pelo estado.

Somado a isso, a declaração universal dos direitos humanos em seus arts. I e XXV, consagrou como norma mundial a ser respeitada por seus signatários que:

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

Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Assim, ao conceituar a dignidade da pessoa humana, Sarlet (2002, p. 22) afirma que ela é:

[...] Uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão

somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos.

Nesse sentido, Lenza (2017, p. 1571) afirma que a dignidade da pessoa humana é definida “como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno” e que em casos de colisões principiológicas, a dignidade dará orientações necessárias para solucionar o conflito. Por isso, no art. 1.º, inciso III, da CF/88 tem-se que tal princípio é um dos cinco fundamentos primordiais da República Federativa do Brasil.

Com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, a CF/88 trouxe em seu título II, um rol exemplificativo de direitos e deveres inerentes a qualquer pessoa pelo simples fato de ser humana, denominados de direitos fundamentais. Dentro desse rol, temos a previsão da licença-maternidade (art. 7.º, XVIII, CF/88) e da licença-paternidade (art. 7.º, XIX, CF/88) tidas como direitos sociais assegurados a todos os trabalhadores e trabalhadoras rurais e urbanos.

Ademais, este prazo de licença concedido aos pais visa garantir a dignidade destes, bem como da prole, visto que este último é o ser indefeso da relação familiar que precisa do auxílio dos pais para se adaptar ao meio. Nessa perspectiva, as licenças aos pais para Loureiro (2015, p. 3) “são, portanto, um direito fundamental da família e, especialmente, dos filhos [...]. O objetivo primordial do afastamento é assegurar ao filho todos os cuidados necessários para seu completo desenvolvimento biológico e psíquico.”

Diante do exposto, fica evidente que o princípio da dignidade da pessoa humana é inerente a todo e qualquer humano e quando assegurado por meio do direito à licença-maternidade ou paternidade visa, *prima facie*, proteger o filho. Por isso, se o enfoque de tais institutos é a proteção da criança, a característica de genitor não importará para aplicação do prazo de licença.

2.2 O princípio da igualdade material ou princípio da isonomia

Historicamente, homens e mulheres foram tidos como sujeitos de direitos e deveres distintos, isso porque se tinha uma sociedade rigorosamente patriarcal. A exemplo disso, era a redação do código civil brasileiro de 1916 (BRASIL, 1916) no qual o homem era tido como chefe da sociedade conjugal e representante da família (art. 233). Já a mulher, era tida como moeda de troca por meio do dote (art. 279) e mera colaboradora no seio familiar (art. 380).

Em contraponto e buscando a superação desse pensamento de distinção entre homens e mulheres que se refletia nestes dispositivos legais a CF/88, seguindo a tendência mundial de proteção à dignidade da pessoa humana, trouxe no seu art. 5º, caput e inciso I a seguinte previsão:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Verifica-se que o sistema legal brasileiro passou a priorizar e elevar a título de direito fundamental, erigindo a cláusula pétrea o art. 60, §4º, CF e como regra, a igualdade entre os indivíduos, independentemente de sexo, cor, gênero e quaisquer outras distinções (BRASIL, 1988). Sobre isso, Lenza (2018, p. 1196 e 1197) leciona que se tem uma igualdade formal (regra), consagrada no liberalismo clássico, e uma igualdade material (exceção – com o fim de nivelar os desproporcionais), mais real perante os bens da vida.

A igualdade formal se apresenta por meio da exigência da aplicação igual do direito. Contudo “ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei” (CANOTILHO, 2003, p.426). A igualdade formal padece de um ponto de referência, daí a necessidade de complementar-se com a igualdade material. A

esse respeito Canotilho (2003, p. 428) ensina que “o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade.”

A contrassenso, nas palavras de Mützemberg e Toscan (2020) verifica-se que:

Há quem entenda que a ampla diferença entre os prazos atribuídos a essas licenças não confronta o princípio da isonomia, baseando-se na igualdade material trazida por Aristóteles, que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Isto é, a legislação, da forma como é apresentada atualmente, dá margem para que a diferença acima mencionada se justifique pela dessemelhança biológica entre o homem e a mulher. Ou seja, possibilita a interpretação de que o sexo feminino recebe um período de afastamento mais extenso das atividades laborais em virtude do nascimento do filho do que o sexo masculino, em razão do parto sofrido pela genitora, sendo este período destinado à sua recuperação física principalmente, bem como para os cuidados com o bebê, o que não poderá ser feito pelo pai, visto que este não amamenta, sendo os períodos, portanto, proporcionais a cada necessidade.

Entretanto, reforçando a concepção de isonomia entre homens e mulheres e para evitar a aplicação da (des)igualdade material ao prazo das licenças, a CF/88 no art. 226, §5.º, previu ainda que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988). Assim, para que essa previsão seja realmente efetiva e concreta, no dizer de Robles (2002), “faz-se necessária a instituição de uma nova forma de relacionamento entre pais e filhos, em que o papel do pai não seja mais relegado a um plano secundário”.

Assim, em consonância com a CF/88, o Código Civil brasileiro de 2002, em seu art.1.511, estabeleceu-se a comunhão plena de vida, com respaldo na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (BRASIL, 2002). Portanto,

Nota-se que, o ordenamento jurídico confere ao homem e a mulher, igualdade de condições, inclusive, na constância do matrimônio, o qual será regido por um sistema de colaboração recíproca. De modo que a mulher não mais se restringe as atividades domésticas, tampouco o homem à administração dos bens (VASCONCELOS, 2019, p. 22).

De fato, a conjuntura legal brasileira preza pela isonomia. No entanto, quando se refere a institutos como a licença-maternidade e paternidade é percebida uma grande discrepância, pois o prazo de interrupção do contrato de trabalho da mãe chega a ser 24 vezes maior do que a do pai e isso sem levar em consideração que apenas a mãe segurada do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) recebe, nesse período, o benefício previdenciário - salário-maternidade.

Com o intuito de tentar amenizar essa desigualdade, em 2008, institui-se o programa “empresa cidadã” por meio da lei n.º 11.770 a qual prorrogou a licença-maternidade por 60 dias e, a licença-paternidade por 15 dias, totalizando respectivamente 180 e 20 dias de afastamento do trabalho. Todavia, essa extensão nos prazos é limitada às empresas que aderiram, ou que venham a aderir ao referido programa. Permanecendo, dessa forma, a desproporção entre os prazos das licenças.

Em 2013, a fim de reparar a desigualdade nos prazos das licenças, entrou em vigor a lei n.º 12.873¹ que estendeu a concessão da licença-maternidade ao pai (cônjuge ou companheiro) bem como o recebimento do salário-maternidade. Porém, essa extensão é somente em caso de morte da genitora e quando o empregado adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. Ou seja, ainda perdura a disparidade.

1 Ressalta-se que a lei n.º 12.873 de 24 de outubro de 2013 (BRASIL, 2013) alterou o inciso VII, do § 8.º, do art. 11; a alínea “d”, do inciso I, do § 10, do art. 11 e os §§ 12 e 13 do art. 11, todos da lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. Ademais, revogou o § 6.º, do art. 17, da lei n.º 8.213/91 e modificou o caput e § 5.º do art. 392-A e os arts. 392-B e 392-C da CLT.

Para Bruscardim (2017, p.17 e 18),

A alteração que necessita o ordenamento jurídico brasileiro, num ideal, é que a licença-paternidade seja equiparada à licença-maternidade para que haja a efetiva igualdade social entre homens e mulheres. Ainda mais num período em que as famílias estão se organizando para se adaptarem a mudanças em seu meio, onde as obrigações e cuidados com relação ao filho não recaiam apenas à mãe, posto que o pai também precisa ter esse direito de convivência próxima nesse período tão especial e importante para uma família.

Em síntese,

Com base no princípio da isonomia, em nada afasta os direitos já garantidos às mães, os quais visam resguardar seus direitos, mas sim, garantir também aos pais a possibilidade de concessão por tempo igual, já que a legislação trabalhista distribui o período da licença com base no sexo dos pais, o que acaba criando afronta ao princípio da isonomia e promovendo distorções entre homens e mulheres no mercado de trabalho (LIRA *et al*, 2020, p. 99 e 100).

Dessa forma, em virtude dos anseios das famílias do século XXI, é necessário uma maior proximidade entre o prazo da licença-paternidade e maternidade considerando o princípio da isonomia. Sobretudo com enfoque na proteção da criança e não na determinação biológica dos genitores, pois uma vez constatada a desproporção entre os prazos desses institutos pelo simples fato de serem gozados por homem ou mulher, poderia acarretar a inconstitucionalidade das leis que os regulamenta, em virtude do claro desrespeito ao texto constitucional que afirma a igualdade de todos perante a lei e sem distinção alguma.

Deve-se considerar também a teleologia dos institutos que autorizam a paralização do trabalho dos genitores e não tão somente o sexo destes. Finalidade esta que se ampara no cuidado com o bebê e na necessidade de convivência com a criança, construção e estreitamento dos laço familiares e mútuo apoio entre pai e mãe.

2.3 O pleno exercício do poder familiar e a proteção da criança

Com o despertar da sociedade contemporânea para a proteção jurídica da pessoa humana e de seus bens, as legislações, seguindo a evolução social, ampliaram o conceito de poder familiar, o qual deixou de ser atribuído exclusivamente ao pai (pátrio poder) e passou a ser compartilhado igualmente com a mãe.

Na redação do antigo Código Civil Brasileiro de 1916 (BRASIL, 1916), constava em seu art. 380 a expressão “poder pátrio” que atribuía somente ao pai/marido a obrigação de zelar pela família. Porém, com o advento do Código Civil de 2002, a abrangência desse poder estendeu-se a mãe, e hoje utilizamos a expressão “poder familiar”, conforme o art. 1.630, do CC/02 (BRASIL, 2002).

Nos termos dos ensinamentos de Gagliano e Filho (2019, p.30 e 31), o poder familiar corresponde ao

Conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes. É o *munus* público imposto pelo Estado, aos pais, conforme ditame constitucional da absoluta igualdade entre homens e mulheres. Tanto o pai quanto a mãe devem atuar na educação e formação dos filhos, não havendo distinção entre um e outro no exercício desse poder.

Por conseguinte, em consonância com o art. 1.630 do CC/2002, é notório que

o poder familiar é exercido pelos pais em pé de igualdade, fruto da progressiva participação da genitora na direção da família. A atuação solidária dos progenitores no exercício do poder familiar perde espaço quando os pais atingem destinos e projetos diferentes na elaboração da sua vida pessoal, diante do desmanche do casamento, com implicações na custódia da prole. Advindo a separação dos pais e na esteira dela a custódia unilateral dos filhos, surge na configuração judicial dos direitos da prole a busca do crédito alimentar (VENTOSO, 1989. p. 79).

Ressalta-se que essa alteração substancial no Código Civil Brasileiro se deu em virtude de que, em 1889, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Essa norma serviu de modelo para que o Brasil criasse sua própria legislação para proteger os menores. Com isso, surge na legislação pátria o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), regulamentado pela lei 8.069/90.

No art.3.º do ECA (BRASIL, 1990), em consonância com o texto constitucional, tem-se que as crianças e adolescentes “gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”. Com isso, percebe-se a importância que tem a criança para a família, sociedade e para o próprio Estado, pois é um sujeito indefeso e não tem meios para se autossustentar. Nessa perspectiva é o que impõe o caput do art. 227, da CF/88.

Ademais, no art. 3º do ECA, tem-se que tal legislação visa assegurar aos menores “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (BRASIL, 1990). Para além dos direitos e deveres dos menores, essa lei também trouxe obrigações aos pais. Exemplo disso, são os imperativos de seus arts. 21 e 22.

Logo, na visão de Madaleno (2018, p. 902),

os pais [deixam] de exercerem um verdadeiro poder sobre os filhos para assumirem um dever natural e legal de proteção da sua prole, acompanhando seus filhos durante a natural fase processo de amadurecimento e formação de sua personalidade, sempre na execução conjunta dessa titularidade ou de forma unilateral, na ausência ou impossibilidade de um dos pais ou com o consentimento expresso do outro genitor que reconhece a validade dos atos praticados em prol dos filhos comuns.

Apesar da previsão legal ser tão clara ao prever um conjunto de direitos e deveres para que ambos os pais exerçam o poder familiar, percebe-se que essa igualdade não é alcançada. Exemplo disso, é a gritante discrepância entre os

prazos de licença-paternidade e maternidade, onde a mãe tem no mínimo, 120 dias e no máximo 180 dias, e o pai, apenas 5 dias e no máximo, 20 dias, de afastamento laboral.

Essa desproporção nos prazos das licenças, evidencia que o papel da mulher na sociedade, infelizmente, ainda pende, senão em maior proporção ou no todo, ao de cuidadora do lar e dos filhos. Já o do homem, de provedor econômico. No entanto, nas palavras de Içami Tiba (2007, p. 57 e 58) “o machismo, que se apoiava na subserviência da mulher, cada vez mais cai por terra à medida que a mulher vai se integrando à globalização e à ‘mulherização’” e já é possível vermos que “as mudanças comportamentais no homem (...) o arrancou do cômodo machismo”.

Assim, com a eclosão dos movimentos feministas a partir do século XIX e a inserção da mulher no mercado de trabalho com a revolução industrial, Içami Tiba (2007, p. 43) afirma que a mãe atual quer dividir as responsabilidades com seu companheiro e já não aceita mais ser subordinada ao homem somente porque ele é o provedor. Por isso, percebe-se que a estrutura familiar contemporânea mudou, ainda que se esteja longe de se ter uma divisão sexual equitativa do trabalho doméstico.

Sobre essa divisão equitativa das atividades familiares durante o gozo da licença-maternidade e paternidade, Mützemberg e Toscan (2020, p. 1) ressaltam que:

Com exceção da amamentação com leite materno, que por motivos biológicos só poderá ser realizada pela mãe, o resto das tarefas relativas ao bebê não só podem como devem ser efetuadas pelo pai também, como trocar a fralda, dar banho, brincar, ninar, tudo isso contribui para o estreitamento dos laços afetivos e melhor estruturação familiar. E mesmo quanto à amamentação, por mais que o pai não produza o leite, poderá participar desse momento amamentando por mamadeiras ou simplesmente propiciando um ambiente agradável para que a mãe assim o faça.

Não é demais lembrar que, nesse contexto,

pai não é melhor que mãe e nem vice-versa. São apenas diferentes. E essas diferenças ampliam as possibilidades educativas, trazendo retornos relacionais mais ricos. (...) São diferenças que se completam, já que, sem um homem, a mulher não pode ser mãe. O homem, sem uma mulher, não conseguirá ser pai. Assim, a criança é fruto da associação do homem com a mulher. Ou da mulher com o homem? Não se trata de discutir quem é o mais importante, porque os dois são essencialmente necessários para se ter um filho (TIBA, 2007, p. 52 e 53).

Logo, ainda que saibamos que a mulher, em termos biológicos, tem laços mais estreitos de afetividade com a criança do que o pai, por causa da gestação e da amamentação, não se pode esquecer que ambos são legalmente e/ou geneticamente responsáveis por esse ser. Além do mais, não cabe à legislação criar barreiras para que ambos os genitores ou adotantes exerçam o poder familiar. Muito pelo contrário, ao legislador cabe propiciar meios que facilitem o pleno exercício desse direito essencial à subsistência dos filhos.

3 LICENÇA-MATERNIDADE *VERSUS* LICENÇA-PATERNIDADE

As licenças-maternidade e paternidade compõem o rol exemplificativo de direitos sociais trabalhistas elencados na CF/88 em seu art. 7º, incisos XVIII e XIX², respectivamente.

No caput do art. 6º da CF/88, entre outros, tem-se direitos à proteção à maternidade e à infância. A fim de efetivar tais direitos, o legislador trouxe a licença-maternidade no art. 7º, XVIII, CF/88. Acerca disso, é oportuna a lição

² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei (BRASIL, 1988)

de Sarlet, Maroni e Mitidiero (2018, p. 714) ao esclarecerem que a licença-maternidade, constitucionalmente instituída, “expressa concretização do direito à proteção à maternidade e à infância, dado a importância do acompanhamento e contato materno nos primeiros meses de vida para o pleno desenvolvimento da criança.”

Assim, para garantir a saúde, o bem-estar e adaptação da mãe e da criança, a licença-maternidade permite o afastamento da mãe de suas atividades laborais por no mínimo 120 dias. Ressalta-se que esse afastamento não indica a rescisão do seu contrato de trabalho, mas tão somente em uma interrupção de acordo com o caput, do art. 392, da CLT, e inciso XVIII, do art. 7.º, da CF/88. Essa previsão é estendida à mãe adotante (parágrafo único, art. 391-A, da CLT).

Outro elemento a ser analisado é que a licença-maternidade vem acompanhada de salário-maternidade (art. 393, da CLT) de encargo do INSS e previsto no art. 93, do Decreto Lei n.º 3048/99 c/c art.71, da Lei 8.213/91. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), no recurso extraordinário n.º 220613, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, consolidou o entendimento de que esse valor recebido pela mãe consiste em um “benefício devido desde a promulgação da Carta de 1988, havendo de ser pago pelo empregador, à conta da Previdência Social, independentemente da definição da respectiva fonte de custeio” (BRASIL, 2000).

Por isso, licença-maternidade e salário-maternidade mesmo que apresentem fatos geradores idênticos – adoção ou nascimento de um filho - são institutos distintos. Isso porque o primeiro consiste em um direito constitucional e trabalhista concedido pelo empregador. Já o segundo, é benefício de ordem previdenciária, custeado pelo INSS e com fins a auxiliar no sustento financeiro da família.

Por outro norte a licença-paternidade, como atualmente é denominada, consiste no direito de o pai ausentar-se do trabalho em virtude do nascimento ou adoção de um filho. Vasconcelos (2019, p. 14) afirma que a concessão desse

afastamento temporário do pai é uma grande conquista do homem no âmbito do direito familiar.

Evidencie-se que ao prever a licença-paternidade no art. 7.º, inciso XIX, a CF/88 (BRASIL, 1988) não mencionou qual o período desta. Ao contrário da licença-maternidade, que é taxativamente expressa com duração de 120 dias. Diante da ausência legislativa acerca desse *quantum*, aplica-se o prazo de 5 dias assegurado, provisoriamente, no §1.º, do art.10, dos Atos das Disposições Transitórias da Constituição.

Acerca do ADCT, é sabido que

No caso da CF, as disposições transitórias se situam fora do corpo do texto constitucional, de modo que, tal como ocorre com o Preâmbulo, formam um conjunto textual à parte, designado de Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Em geral, pela sua função, as disposições transitórias possuem (ou deveriam possuir) vigência e eficácia temporalmente limitadas. (SARLET; MARONI; MITIDIERO, 2018, p. 87)

Outrossim, não se pode esquecer que apesar de não usar o termo licença-paternidade, o art. 473, inciso III, da CLT (BRASIL, 1943), autoriza a ausência do pai por um dia, no decorrer da primeira semana, em caso de nascimento de filho. Destarte, é perceptível que o prazo da CLT é menor do que o previsto no ADCT. Por isso, Delgado (2011, p. 1018) defende que “[...] o mais largo prazo constitucional obviamente absorveu o mais curto prazo do art. 473, CLT, já que se fundem na mesma motivação”.

No entanto, a posição de Delgado não é unânime visto que

Há divergência doutrinária sobre o tema, sendo também defendido que ambos os prazos deveriam coexistir, visto que possuem destinações diversas. A finalidade da licença-paternidade, prevista constitucionalmente, seria para permitir ao pai o acompanhamento da mulher e do filho recém-nascido nos

primeiros dias, enquanto a ausência de um dia, autorizada pela CLT, seria para o registro do filho (BASTOS, 2002, p.691).

Além da desigualdade quanto aos prazos, sabe-se também que a mãe recebe perante o INSS o salário-maternidade, ao contrário do pai que não recebe benefício algum por sua condição de pai, porque o empregador é quem arca com o período de licença-paternidade. Esta equiparação na prestação desse benefício ao pai e a mãe é defendida por Bruscardim (2017, p.18)

Deve ser analisada [...] como fonte de custeio para garantir esse direito, pois hoje a licença-paternidade é custeada pelo empregador, porém cabe ressaltar que a Previdência Social possui caráter contributivo e solidária, e nesse sentido homens e mulheres contribuem igualmente junto ao INSS. Logo da mesma maneira que a mulher possui garantia no período de licença também deverá resguardar ao homem tal direito. E, para a efetiva aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana não resta dúvidas de que o custeio da licença-paternidade equiparada à licença-maternidade deverá ser feita sob responsabilidade do INSS.

Em contrapartida, na tentativa de suavizar tais discrepâncias, o art. 392-B, da CLT (BRASIL, 1943) previu que o pai tem direito à licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, mas somente no caso de morte da genitora, quando também terá direito, por analogia, ao salário-maternidade nos termos do art. 71-B, da Lei n.º 8.213, de 24 de outubro de 2019.

Outro fator discrepante entre as licenças-maternidade e paternidade, é quanto à concessão de estabilidade. Da previsão dos art. 391-A, da CLT c/c alínea “b”, inciso II, do art. 10 do ADCT, entende-se que a mulher desde a confirmação da gestação até cinco meses após o parto, não pode ser dispensada arbitrariamente ou sem justa causa, contraindo assim, uma estabilidade provisória. Já para o pai, não há estabilidade alguma e por isso,

Se faz necessária a existência do instituto da estabilidade provisória paterna em nossa legislação brasileira, para assim resguardar a igualdade entre os gêneros.

[...] As mulheres conquistaram um papel de destaque no âmbito nacional e internacional que deve ser admirado, porém não devemos privilegiar uma classe em detrimento de outra, devendo ser usado o princípio da igualdade entre homens e mulheres, buscando sempre a paz social. Não podemos caminhar em uma única direção; a igualdade que antes era invocada pelas mulheres, agora também deve ser usada em favor dos homens. (MIRANDA, 2019)

Logo, fica nítido que os prazos de interrupção do contrato de trabalho da mãe e do pai são fundamentais para consolidar os direitos dos trabalhadores, bem como para assegurar a dignidade da criança. Entretanto, embora tenham fatos gerados idênticos, a licença-maternidade e a licença-paternidade são diferentes em, pelo menos, três aspectos: quanto aos prazos, quem arca com os custos das licenças e quanto à estabilidade. Assim, gera-se uma latente violação ao princípio constitucional da isonomia.

3.1 Alteração Legislativa oriunda da Lei n.º 11.770, de 9 de setembro de 2008

Com vistas a reparar a desproporção entre os prazos de licença-maternidade e paternidade, criou-se o Programa Empresa Cidadã por meio da lei n.º 11.770/08. Conforme o art. 1.º desta lei, o programa destina-se a prorrogar por 60 dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII, do caput, do art. 7.º da CF/88; e, por 15 dias, a duração da licença-paternidade, nos termos referida lei, além dos 5 dias estabelecidos no §1.º do art. 10 do ADCT.

Assim, tem-se que não existia uma obrigatoriedade da prorrogação dos prazos, pois a redação original de 2008 afirmava que a adesão à extensão do prazo era opcional. No entanto, a partir da vigência da Lei 13.257/2016 dispõe sobre Políticas Públicas para a Primeira Infância e deu nova redação à Lei 11.770/2008, tornando-se obrigatória a prorrogação garantida aos funcionários das empresas que aderirem ao programa empresa cidadã (art. 38, § 1.º, inciso I, da Lei 13.257/16).

Para que o(a) empregado(a) faça *jus* a essa prorrogação do prazo de licença, basta o preenchimento dos requisitos trazidos pelos incisos I e II, do §1.º, do art.1º, da lei n.º 11.770/08³.

Acrescido a isso, frisa-se que o custeio da remuneração paga durante o prazo de licença prorrogada, no caso de 60 dias para mãe e 15 dias para o pai, deverá ser arcado integralmente pelo empregador, porém a pessoa jurídica tributada com base no lucro real, que integra o programa, poderá abater o valor pago do seu imposto de renda, nos termos do art. 5.º, da lei do programa empresa cidadã.

Acerca da aplicação desse programa, o STF em Decisão Monocrática do Relator Ministro Alexandre de Moraes, no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1.066.431 entendeu que:

Somente quem é empregada de empresa que aderiu ao Programa Empresa Cidadã, instituído pela Lei 11.770/08, é que tem direito à extensão da licença-maternidade por mais 60 dias. [...] Ademais, ainda que houvesse adesão da empregadora ao Programa Empresa Cidadã, este não é aplicável ao INSS. Isso porque é a empresa aderente que paga a remuneração integral da empregada nesses dias de prorrogação da licença-maternidade, deduzindo do Imposto de Renda o valor total se tributada com base no lucro real - art. 5º, da Lei 11.770/08. (BRASIL, 2017)

Por meio da lei n.º 11.770/08, fica ainda mais evidente o quão desproporcionais são os prazos das licenças-maternidade e paternidade, e que maior ainda é o descaso do legislador em não propiciar ao pai igualdade de condições para cuidar de seu filho recém-nascido ou adotado, visto que nem se quer se atentou que o prazo de 5 dias do ADCT tem caráter meramente transitório.

4 O PRAZO DA LICENÇA-MATERNIDADE AO PAI NO BRASIL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 1.348.854

A presença do pai e da mãe no seio familiar é imprescindível ao desenvolvimento

mental, físico e psicossocial do filho. Um lar sólido, estruturado e amoroso cria filhos mais preparados para a vida em sociedade. Nessa concepção, White (2007, p. 140) afirma que “nem a escola, a igreja, tampouco a escola superior, proporcionam, como o faz o lar, as oportunidades de firmar o edifício do caráter de uma criança sobre o fundamento apropriado”. Ou seja, os pais são os formadores do caráter da criança e isso requer tempo e dedicação.

Acerca da situação do Brasil, Martins (2017, p. 51) afirma que o Brasil foi o único país da América Latina a não ratificar a Convenção 156 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), onde se buscou promover a igualdade entre homens e mulheres no âmbito trabalhista em virtude dos encargos familiares. Assim, diante da ausência normativa sobre isso, surgiram propostas de emenda à constituição e projetos de leis visando estender o prazo da licença-maternidade ao pai. A exemplo disso, é a lei n.º 11.770/08 ao trazer o programa Empresa cidadã por meio do qual o prazo de licença-maternidade e paternidade foram estendidos, em situações excepcionais, para 180 dias e 20 dias, respectivamente.

Outro exemplo, foi o projeto de emenda à Constituição n.º 110, de 2011, que buscava alterar a redação do art. 7.º da CF/88 sobre a regulamentação dos prazos de licença-maternidade e paternidade a fim de vedar discriminação de trabalhador em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero.

No entanto, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania por meio do parecer, indicou a constitucionalidade do pedido, mas no mérito rejeitou o projeto por entender que “seria mais prudente que o aumento do período de licença-paternidade fosse objeto, por enquanto, de negociação coletiva entre patrões e empregados, ou, ainda, no caso de continuar sendo custeada pelo empregador, compensado com incentivos fiscais do Estado (BRASIL, 2015)”.

Ademais o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou entendimento de que caso a empregadora não tenha aderido ao programa empresa cidadã, o prazo de licença-paternidade pode ser prorrogado por meio de convenção ou acordo

coletivo (BRASIL, 2021).

Com isso, percebe-se que o legislador brasileiro entende que o prazo das licenças deve permanecer com prazos distintos como regra e somente em situações excepcionais, como é o caso da morte da genitora (art. 392-B, CLT), da adoção (art.392-C, CLT), da empregadora aderir ao programa empresa cidadã ou quando esta realiza convenção ou acordo coletivo, é que se deve estender o prazo da licença-maternidade ao pai, configurando uma afronta ao princípio constitucional à isonomia.

Na contramão do atraso legislativo brasileiro sobre essa matéria, em 12/5/2022, o STF, no julgamento do recurso extraordinário n.º 1.348.854, concedeu, por decisão unânime, licença paternidade de 180 dias a um pai solo e servidor público federal. Diante desse caso, o plenário do referido órgão fixou a seguinte tese de repercussão geral (tema n.º 1.182):

[...] À luz do art. 227 da CF, que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade, a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai, genitor monoparental, em respeito ao princípio da isonomia de direitos entre o homem e a mulher (art. 5º, I, CF) [...] (BRASIL, 2022).

Assim, em decisão emblemática e sensível à realidade, o STF enfatizou que os institutos da licença maternidade e paternidade devem ser norteados pelos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia material, vedação de proteção deficiente e da proporcionalidade, uma vez que o bem jurídico aqui tutelado é a proteção à criança e do núcleo familiar mínimo, a fim de fortalecer o vínculo afetivo da criança com os genitores, independente se consanguíneos ou não.

Sendo assim, observa-se que o legislador brasileiro ainda não reconhece a necessidade de equiparar o prazo da licença maternidade à paternidade. Porém,

já é latente os casos em que o judiciário brasileiro é instigado a se manifesta para aplicar, por analogia, o que é óbvio e de direito de qualquer genitor que se encontra em situação de solidude quanto aos cuidados da prole.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, fica evidente a absurda discrepância entre os prazos de licença-maternidade e paternidade no Brasil, onde a mãe tem 120 dias de licença possível de prorrogação por mais 60 dias e o pai, 5 dias prorrogáveis por 15 dias. Assim, nota-se a latente desigualdade entre ambos os genitores.

Entretanto, esse cenário não condiz com a realidade brasileira do século XXI composta por novos arranjos familiares, onde homem e mulher exercem o mesmo poder familiar e social. Vez que, os princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e integral proteção da criança são inegociáveis, indiscutíveis e buscam sempre o bem comum.

Ademais, observa-se que o legislador já teve oportunidades de reparar essa desproporção nos prazos, mas se quedou inerte por entender que pai e mãe exercem funções distintas e que por isso, devem usufruir de prazos de licenças distintos, contrariando a previsão constitucional e civilista de igualdade no exercício do poder familiar. Além disso, o legislador justifica sua atitude na defasagem na previdência social, responsável pelo custeio do salário-maternidade, alegando que estender o prazo da licença-paternidade acarretaria mais gastos na folha orçamentaria do INSS.

Além do mais, a extensão do período de licença-paternidade resultaria numa maior inserção da mulher no mercado de trabalho e conseqüentemente, redução das desigualdades salariais. De quebra, romperíamos com o paradigma imposto às mulheres de que cabe a elas a função primordial de cuidado do lar e dos filhos e de que ao homem, caberia o sustento do lar. Com isso, o homem ganharia maior participação no ambiente familiar, haveria o fortalecimento da rede de apoio familiar e teríamos filhos mais felizes.

Em suma, este artigo se limitou a demonstrar a necessidade de novas e adequadas disposições legais acerca da licença-paternidade, uma vez que as atuais legislações ferem princípios constitucionais e mostram o quão atrasado é o legislador brasileiro frente a demanda interna. Por último, ressalta-se que as licenças visam tão somente estreitar os laços familiares entre genitores e a prole, bem como auxiliar na adaptação do novo componente do seio familiar sendo crucial se ter prazos maiores ou previsão da licença-parental usufruída por ambos os pais na medida de suas necessidades.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 691.

BRASIL. **Lei n.º 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 5 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 1988b**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm#adct>. Acesso em: 20.set 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 3 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3048, de 6 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 3 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 220613.** Licença-maternidade. art. 7º, XVII, da CF [...]. Órgão julgador: primeira turma. Recorrente: Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP. Recorrida: Catarina Aparecida Pereira Cardoso. Relator: Min. Ilmar Galvão, 02 de junho de 2000. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23561/false>>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 1.348.854/SP.** Constitucionalidade da extensão da licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, ao pai solteiro servidor público, em face dos princípios da isonomia (art. 5º, I, CF), da legalidade (art. 37, caput, CF), e da proteção integral da criança com absoluta prioridade (art. 227 da CF), bem como ante o art. 195, § 5º, da CF, [...]. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Marco Antônio Alves Ribeiro. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de maio de 2022. Ata n.º 13, de 12/05/2022. Diário da Justiça Eletrônico n.º 97, divulgado em 19/05/2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6265210>>. Acesso em: 7 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil de 2002 Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 11.770, de 9 de setembro de 2008.** Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 12.873, de 24 de outubro de 2013.** Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC [...]; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112873.htm>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Parecer SF/15900.46837-11, de 16 de dezembro de 2015.** Dispõe sobre as Propostas de Emenda à Constituição nº 110 de 2011, [...], que altera o art. 7º da Constituição, para dispor sobre licença-natalidade, licença após adoção e vedar discriminação de trabalhador em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, [...], que altera os incisos XVIII e XIX do Art. 7º da Constituição Federal para ampliar os prazos da licença-maternidade e da licença-paternidade. Relator: Senador Douglas Cintra, 16 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4762599&disposition=inline>>. Acesso em: 2 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.257, de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), [...], a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm>. Acesso em: 1 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo**

n.º 1.066.431/PR. Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário [...]. Recorrente: Suzane de Oliveira Martins. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Nacional. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 11 dez. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312735991&ext=.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Revista n.º 580-81.2018.5.10.0006.** Prorrogação da licença-paternidade não comprovação da adesão da reclamada ao programa empresa cidadã. ausência de previsão em norma coletiva transcendência jurídica reconhecida. conhecimento e provimento. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Wener Sousa Cruz. 4.ª Turma. Relator: Alexandre Luiz Ramos, 28 abr.2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/381c8fdc640462e06ce7f4723eb036cd>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

BRUSCARGIM, Sabrina Fernanda Bragatti. **A equiparação da licença paternidade à licença maternidade como mecanismo de dignidade e igualdade material.** Paraná, 2017. Artigo para conclusão de graduação (Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Centro Universitário de Maringá). Disponível em: <<http://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/497/1/Sabrina%20Fernanda%20Bragatti%20Bruscargim.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2021

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 7ª ed. 19 reimp., Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 10ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2011, p. 1018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO. Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de direito civil:** parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1 v.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIRA, Isabella Tavares. *et alli*. **Concessão da licença-paternidade pós morte da genitora não assegurada pela Previdência Social**. Rolim de Moura: Revista Farol, 2020, v. 9, n. 9, p. 97-111. Disponível em: <<http://revistafarol.com.br/index.php/farol/article/view/199/165>>. Acesso em: 13 set. 2021.

LOUREIRO, André Felipe. **A equiparação da licença-paternidade à licença-maternidade: uma necessidade social e legal para a igualdade de gêneros**. In: Maria Cecília Máximo Teodoro; Roberta Dantas de Mello. (Org.). *Tópicos Contemporâneos de Direito do Trabalho - Reflexões e Críticas*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2015, v. 1. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=d61a328561119583>>. Acesso em 29 out.2021

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 902.

MARTINS, Thiago Batista. **A equiparação da licença paternidade à licença maternidade como forma de reduzir a discriminação de gênero no mercado de trabalho**. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília. BRASÍLIA: 2017, p. 51. Disponível em: < <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11330/1/21348147.pdf>> . Acesso em: 29 out. 2021.

MIRANDA, Mariana Araújo. **Estabilidade Provisória Paterna**: um direito essencial para resguardar os princípios constitucionais estabilidade paterna. Jus.com.br, outubro de 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77003/estabilidade-provisoria-paterna-um-direito-essencial-para-resguardar-os-principios-constitucionais>>. Acesso em: 4 nov. 2021.

MÜETZEMBERG, Marina de Camargo. TOSCAN, Anissara. **A licença-paternidade à luz do princípio da isonomia e do instituto da família**. IBDFAM, Minas Gerais, 28 jul. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1515/A+licen%C3%A7apaternidade+%C3%A0+luz+do+princ%C3%ADpio+da+isonomia+e+do+instituto+da+fam%C3%ADlia>>.

Acesso em: 29 out. 2021.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.195.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

ROBLES, Tatiana. **Guarda Compartilhada e Mediação**. IBDFAM, Minas Gerais, 2002. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/70/Guarda+compartilhada+e+media%C3%A7%C3%A3o>> . Acesso em: 02 out. 2021

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em:< <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2106-Curso-de-Direito-Constitucional-Ingo-Sarlet-Luiz-Marinoni-Daniel-Mitidiero-2018.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2021.

TIBA, Içami. **Quem ama educa!:** formando cidadãos éticos . 24 ed. São Paulo: Integre Editora, 2007.

VASCONCELOS, Ana Luiza Andrade Chaves. **A necessidade de equiparação da licença paternidade à licença-maternidade**. Artigo para conclusão da graduação (Faculdade Doctum de Caratinga). Caratinga: 2019. Disponível em: <<http://dspace.doctum.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/3246>>. Acesso em: 5 nov. 2021.

VENTOSO, Alfonso. **La representación y disposición de los bienes de los hijos**. Madrid: Editorial Colex, 1989, p. 79.

WHITE. Ellen G. **Conselhos aos professores, pais e estudantes**. São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 2007, p. 140. Ebook. Disponível em: <<http://www.centrowhite.org.br/files/ebooks/egw/Conselhos%20aos%20Professores,%20Pais%20e%20Estudantes.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

128 - 149

Artigo

**A (IN)EFICÁCIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO COMBATE À
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER À
LUZ DO DIREITO COMPARADO**

TATIANA VELOSO MAGALHÃES, CONCEILÂNDIA MENDES DE SOUSA

A (IN)EFICÁCIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER À LUZ DO DIREITO COMPARADO

THE (IN)EFFICACY OF THE RESTORATIVE JUSTICE TO COMBAT DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AGAINST WOMEN ON THE PERSPECTIVE OF COMPARATIVE LAW

TATIANA VELOSO MAGALHÃES

Professora Universitária (Faculdade CET). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA). Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil (FAR). Graduada em Direito (UFPI). Integrante do Grupo de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/UFMA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9814082686778273> E-mail: tatianavelosom@hotmail.com

CONCEILÂNDIA MENDES DE SOUSA

Graduanda em Direito (Faculdade CET). Estagiária de Direito na DPE/MA. Pós-Graduada em Direito Público (LEGALE). Pós-Graduada em Linguística e Ensino (UESPI). Graduada em Letras/Português (UFPI). E-mail: conceilandia.ms@gmail.com

RESUMO: Os direitos humanos das mulheres e a igualdade de gênero ganharam espaço no cenário internacional a partir da primeira metade do século XX, porém os instrumentos de direitos humanos aplicados tinham natureza genérica e com base no direito de igualdade perante a lei. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa aplicada sob a luz do Direito Comparado possibilita a participação da sociedade interessada na resolução da problemática, que envolve a violência doméstica e familiar contra a mulher no contexto penal e extrapenal. A metodologia adotada baseia-se em pesquisas bibliográficas, que fundamentam o tema em análise, em busca de soluções para à violência doméstica e familiar contra a mulher. Ao término das três etapas do desenvolvimento do projeto, observa-se a ineficácia do direito penal para o combate da violência doméstica e familiar contra a mulher, e a importância da Justiça Restaurativa à luz do direito comparado para a solução do problema. Por fim, o presente trabalho apontou, que a solução parte da adoção da Justiça Restaurativa como um mecanismo de enfrentamento à violência contra a mulher, combatendo o sistema que mantém o foco exclusivamente para o modelo punitivo, tendo em vista que ele é reconhecidamente seletivo, e demonstra sua ineficácia para, sozinho, solucionar o complexo fenômeno em questão.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Direito Comparado. Direitos Humanos. Violência contra a Mulher.

ABSTRACT: Women's human rights and gender equality have gained space on the international scene from the first half of the 20th century, but the human rights instruments that had been applied had a general nature based on right of equality before the law. In this context, Restorative Justice applied under the perspective of Comparative Law enables the participation of society interested in solving the problem, which involves domestic and family violence against women in the criminal and extrapenal context. The methodology used in this paper is based on bibliographic research, which supports the subject under analysis, in search of solutions for domestic and family violence against women. At the end of the three stages of development of this project, it is possible to observe the inefficacy of criminal law to combat domestic and family violence against women, and the importance of Restorative Justice from the perspective of comparative law to solve the problem. Finally, the present work pointed out that the solution starts from the adoption of Restorative Justice as a mechanism to combat violence against women, fighting the system that keeps the focus exclusively on the punitive model, given that it is admittedly selective, and demonstrates its inefficacy to solve the complex phenomenon in question by itself.

Keywords: Restorative Justice. Comparative Law. Human Rights. Violence Against Women.

1 INTRODUÇÃO

Desde a primeira metade do século XX até a década de 70, a questão dos direitos humanos das mulheres e da igualdade de gênero ganhou espaço no cenário internacional. Contudo, as iniciativas pioneiras desse campo caracterizavam-se pela adoção de instrumentos de direitos humanos¹ de natureza genérica, isto é, proibiam a discriminação por razão de sexo, somando-se ao direito de igualdade perante a lei, mas não reconheciam as mulheres como um coletivo com necessidades especiais de proteção (GEBRIM; BORGES, 2014).

Apenas em meados dos anos 90, quando começaram a emergir as notícias de morte de mulheres causadas por seus companheiros ou ex-companheiros, a percepção do significado desse e de outros tipos de violência contra a mulher sofreu uma mudança radical, de forma que o que antes era visto como crime passional, passou a ser visto como manifestação de um fenômeno de máxima importância por suas dimensões a nível mundial e interno de cada país.

Em razão disso, o Brasil acabou por editar as Leis 11.340/2006 e 13.104/2015, popularmente conhecidas como Lei Maria da Penha² e Lei do Feminicídio³, respectivamente, consideradas os grandes marcos legislativos da luta contra a violência a mulher, que passou a ser concebido como uma maneira de violar os direitos humanos e, como tal, merecedora de especial atenção e repressão por parte do Estado.

Ocorre que a violência doméstica e familiar contra a mulher se apresenta como

1 O art. 6º da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) é categórico ao enunciar que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos que, podem ser definidos como uma garantia fundamental e universal que visa proteger os indivíduos e grupos sociais contra as diversas ações ou omissões daqueles que atentem contra a dignidade da pessoa humana

2 É um avançado instrumento de proteção a mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, de tal forma que foi considerada em 2012 pela ONU como a terceira melhor lei do mundo no combate à violência doméstica, ficando atrás apenas do Chile e da Espanha (SILVA et al., 2018).

3 Lagarde (2008), responsável por introduzir o termo feminicídio no meio acadêmico, afirmou ter escolhido esse vocábulo justamente por representar bem o fator da impunidade, em virtude de ausências legais e de políticas de governo, que geravam uma convivência insegura para as mulheres, ao colocá-las em risco e favorecer o conjunto de crimes praticados por razões de gênero.

uma violência institucional plurifacetada, que se expressa e reproduz não só nas desigualdades estruturais que marcam as relações sociais de raça e classe, mas também em relação ao gênero (VELOSO; PASSOS, 2018) e, em razão disso, a exasperação do sistema penal manifestada por meio do aumento da punição tal como se observa no sistema brasileiro, acaba por trazer a tona a função simbólica do Direito Penal⁴ por meio da qual valores são tornados relevantes e reafirmados através da pena, mesmo que não haja efeitos materiais visíveis de redução das infrações, como ocorre com a violência doméstica e familiar contra a mulher⁵ (PRATT, 2007).

Em razão da ineficácia do sistema penal tradicional para, por si só, resolver o problema, evidencia-se a necessidade de outras medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, sobretudo de caráter extrapenal haja vista a burocratização que marca o ordenamento jurídico brasileiro que acaba sendo um entrave para a resposta rápida que tal problema exige.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa se apresentou a alguns países como uma saída à medida que propõe a retomada do conflito pelas partes diretamente envolvidas, possibilitando ainda a participação da sociedade interessada na resolução do fato. Isto posto, faz-se necessário analisar algumas práticas restaurativas existentes, à luz do Direito Comparado, a fim de traçar características em comum com o intuito de aferir se há ou não possibilidade de aplicação, pelo ordenamento brasileiro, desse paradigma aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

4 Os fins do Direito Penal capazes de produzir efeitos reais, vinculados à função de proteção de bens jurídicos, são chamados de instrumentais, ou materiais e não têm o exclusivo *animus* de prevenir crimes, mas de também modificar a realidade; já aqueles capazes de transmitir valores, emoções e consciências, são chamados de expressivos-integradores, ou simbólicos. Nesse sentido, toda ação judicial e de execução penal tem um fundo simbólico, porém, esse caráter não lhe é exclusivo (RIPOLLÉS, 2003).

5 A primeira onda da pesquisa “Visível e Invisível: a Vitimização de Mulheres no Brasil” revelou que no ano de 2019, 60% da população, sem diferença expressiva entre homens e mulheres, reportou ter visto situações de violência e assédio contra mulheres nos últimos doze meses em seu bairro ou comunidade, o que representa uma redução em relação ao resultado obtido na pesquisa de 2017. Contudo, os resultados sobre vitimização direta feminina não corroboram a redução da violência testemunhada por terceiros, visto que 27,4% das mulheres reportaram ter sofrido algum tipo de violência ou agressão nos últimos doze meses, prevalência basicamente igual à verificada em 2017 (28,6%) (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

2 A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL E O PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O CEPAL (ONU, 2020) aponta a existência de um elevado número de feminicídios na região da América Latina²⁷, o que justifica a morte de mulheres apenas pelo fato de serem mulheres ser considerada como a expressão mais drástica da violência de gênero (ONU MULHERES, 2017). Ademais, o referido relatório aponta que o problema da violência doméstica e familiar contra a mulher deve ser enfrentado pelos governos de uma forma abrangente (EDGARD JÚNIOR, 2015), o que exige a adoção de medidas que abarquem fatores econômicos, sociais e culturais, por exemplo e, que levem em consideração as questões de desigualdades e as relações de poder entre homens e mulheres.

Com o intuito de deslegitimar de maneira expressa essas justificações que historicamente alavancaram a violência masculina contra a mulher e, assim, combater o problema em questão, os Estados Nacionais começaram a tipificar os homicídios de mulheres (TOLEDO, 2016a), provocando uma mudança na percepção política em torno da violência de gênero, tendo em vista que os processos de tipificação⁶ eliminam o discurso de responsabilidade do Estado, tendo em vista que o responsável passa a ser o agressor (TOLEDO, 2016b).

De acordo com levantamento realizado pela CEPAL, em 2015, 20 países da região da América Latina possuíam leis para combater a violência contra mulheres. Não obstante, apenas

oito desses disponibilizam recursos específicos para o problema em seus orçamentos nacionais (EDGARD JÚNIOR, 2015), o que levanta indícios de que as respostas estatais se concentram em políticas repressivas, caracterizando o chamado populismo penal legislativo, que pode ser compreendido como

6 A América Latina usa dois termos: femicídio e feminicídio. Em razão disso, divide-se as leis dos diversos países em dois grandes grupos: por um lado, leis restritivas, como na Costa Rica e Chile, que sancionam apenas o femicídio como o homicídio cometido pelo marido ou pelo ex marido. Por outro lado, leis ampliativas, que incluem situações mais diversas como, por exemplo, o assassinato de uma mulher após tê-la agredida sexualmente (TOLEDO, 2016b).

uma política do Poder Legislativo de criar leis penais mais rigorosas para o enfrentamento da violência em todos os níveis (GOMES; GAZOTO, 2020).

Percebe-se, pois, que há uma tendência a nível latino-americano de acreditar que tipificando o feminicídio⁷, bem como criando leis específicas de proteção a mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, o problema estará resolvido. Contudo, a prática, tal como se observa na Costa Rica, revela que a criação de tipos específicos não trouxe nenhuma redução nos índices (TOLEDO, 2016b), demonstrando que essa, talvez, não seja a melhor saída.

O cenário brasileiro também reflete uma realidade semelhante à da Costa Rica, tendo em vista que até 2006, quando a Lei Maria da Penha entrou em vigor, o número de mortes violentas contra as mulheres, apesar de apresentar taxas estáveis, vinha crescendo. No ano seguinte à lei, observou-se uma queda nesse número, mas no ano subsequente, 2008, ele voltou a crescer, chegando a apresentar mais óbitos que no ano de 2006, por exemplo (GOMES, 2016).

Já no ano de 2015, o Código Penal foi alterado para incluir a qualificadora do feminicídio ao homicídio, tornando-o um crime hediondo. Logo após a entrada em vigor, assim como aconteceu com a Lei Maria da Penha, é possível observar uma queda nos números, período no qual a máquina de propaganda do Estado tenta incutir na mente da população a ideia de que a lei penal funciona no Brasil. Contudo, passado esse período inicial, a criminalidade volta com toda intensidade, mostrando que a lei, por si só, é insuficiente para mudar a realidade (GOMES, 2016; GOMES; GAZOTO, 2020).

7 O termo *femicide* foi utilizado pela primeira vez no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas, no ano de 1976, por Russel, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres. Nos países de língua hispânica, passou-se a utilizar o termo “*femicídio*” ou “*feminicídio*” para designar o assassinato de mulheres por razões associadas com seu gênero. Entretanto, na América Latina, referido termo passou a ser utilizado pelos movimentos feministas com fins políticos para denunciar a violência contra as mulheres e a impunidade dos agressores. Contudo, há quem defenda que o termo “*feminicídio*” não dá conta da complexidade nem da gravidade dos delitos contra a vida das mulheres por sua condição de gênero, posto que etimologicamente significa unicamente matar uma mulher (GEBRIM; BORGES, 2014).

O cenário acima retratado aponta para o fato de que o Direito Penal deixou de ser utilizado como *ultima ratio*⁸ para assumir a posição de símbolo de justiça, levando a uma falsa percepção de que ele, por si só, é apto a oferecer uma solução efetiva ao problema e, que a sua intervenção de maneira isolada é capaz de apagar toda a construção social que circunda a complexa problemática da violência de gênero contra a mulher (DINIZ, 2015).

Para mais, essa falsa ideia de que o sistema repressivo irá acabar com as mazelas sociais, fez surgir o instituto do Direito Penal Simbólico⁹, cuja característica principal é o fato de a pena ser utilizada como meio de produção de efeitos sócio pessoais expressivos integradores que carecem de legitimidade pelo fato de não se acomodarem às decisões político-criminais que a fundamentam a pena e, não por sua natureza (RIPOLLÉS, 2002).

Evidencia-se, pois, que o simbolismo penal legislativo assume uma função meramente política, tendo em vista que são criadas imagens ou símbolos capazes de causar um forte impacto na população, de modo a produzir os efeitos úteis para que esta se acalme e, tenha a falsa percepção de que este problema está resolvido (SANTOS, 2013).

Importa pontuar, ainda, que a Lei Maria da Penha e a Lei do Femicídio não resultam da boa vontade do legislador pátrio, muito menos de uma cultura humanizante de uma sociedade de origem eminentemente patriarcal (BARBOSA, 2017). As referidas normas são fruto de um crescente uso simbólico do Direito Penal, materializando a ideia de que o poder punitivo, como instrumento formal de controle social, tenta afirmar-se como garantidor de uma realidade social justa, mas uma análise no seu desempenho prático coloca em xeque essa aparência,

8 Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, a *ultima ratio*, quando já não houver mais alternativas disponíveis (COPETTI, 2000)

9 A legislação simbólica pode ser definida pelo “predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.” (NAVES, 2007, p. 23).

tendo em vista que o sistema penal é mostrado como igualitário, atingindo a todos indistintamente, mas, na prática, o seu funcionamento é seletivo, dado que atinge determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais (BATISTA, 2007).

Ocorre que o sistema penal se mostra como uma construção historicamente vertical, correspondente à estrutura econômica da sociedade, servindo como um dos mecanismos de controle exercido pelas classes dominantes, o que ocasiona a reprodução ideológica e material do sistema punitivo, além de uma priorização do funcionamento da norma e não dos direitos fundamentais (GINDRI; BUDÓ, 2016).

Ainda, o sistema de justiça criminal tradicional quando se interessa por um determinado acontecimento, o vê através de um espelho deformante que o reduz a um momento. Tratando-se da violência doméstica e familiar contra a mulher, por exemplo, quando a vítima denuncia, o sistema reduz tudo aquilo que houve na vida comum do casal a um único gesto executado num dado momento por um dos envolvidos (HULSMAN; DE CELIS, 1993).

Em razão da utilização desse “espelho deformante”, conforme pontuam os referidos autores, o sistema penal tradicional acaba por roubar o conflito das pessoas diretamente envolvidas, impedindo que se aceite um procedimento de conciliação ou alternativo que, muitas vezes, ser-lhe-ia mais importante.

Sucedem-se que esse caráter seletivo do sistema não pode ser ignorado, posto que contribui para o processo de grande encarceramento e de estigmatização de determinadas categorias de indivíduos (BATISTA, 2009). Ademais, tem-se que o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher centrada na busca por leis penais mais rigorosas funciona como alibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificada, mas, essencialmente, da inexistência de pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor (NAVES, 2007).

Destarte, a incorporação de um tipo específico, tal qual se deu no ordenamento brasileiro, deveria contribuir para transformações culturais importantes, possibilitando conhecer quem são as vítimas e seus agressores, os contextos das agressões e os crimes denunciados com maior frequência e, em decorrência desse conhecimento, poder-se-ia garantir o acesso à justiça e fornecer subsídios para que o Estado criasse políticas públicas para a prevenção e a erradicação da violência contra as mulheres (ANTHONY, 2012).

Contudo, mesmo após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar ainda se deparam com um quadro de insegurança jurídica no tocante ao conceito de vulnerabilidade do gênero feminino, o que reflete ao mesmo tempo que explica a desarmonia do Sistema de Justiça, que acaba se mostrando incoerente quanto à proteção penal oferecida a elas perante seus agressores (BARBOSA, 2017).

Para além disso, a referida autora observa, ainda, que a própria redação da Lei do Feminicídio reflete o conservadorismo quando durante o processo legislativo retirou-se a motivação “em razão do gênero” como definidora do feminicídio, e o colocou como crime praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, reduzindo a problemática a um critério meramente biológico.

A Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio vieram com boas intenções para combater a desigualdade existente entre homens e mulheres e, por consequência, garantir a dignidade destas. Contudo, elas encontram em seu caminho diversas resistências, seja por parte das próprias vítimas, bem como por parte da sociedade e do Estado, em razão desses marcos legislativos serem mais reflexivos do que constitutivos de realidades sociais e, por conta disso, seguirem a linha de poder preexistente (FACIO, 1999).

Embora o tema da violência doméstica recaia, normalmente, sobre a vitimização da mulher, essa forma de agressão não se destina apenas àquelas de gênero feminino, de maneira que defender que dominação de gênero sobre a mulher é a única causa da violência doméstica simplifica a discussão sobre o tema

e contribui com a manutenção do ciclo da violência quando não combate a formação de novos agressores (LARRAURI, 2007).

Disso extrai-se a necessidade de conceber o Direito como detentor de gênero, de maneira que ele deixe de ser visto como um sistema com força de impor uma neutralidade que produz além da diferença de gênero, outras formas de distinções polarizadas (BUENO, 2011). Além disto, a atuação do sistema penal deve passar pelo caminho da efetivação dos direitos fundamentais e, não da sua desconstrução, a fim de criar os pressupostos socioeconômicos e políticos necessários para a efetivação da legislação penal em vigor (CARVALHO; MAGALHÃES; MENDES, 2021).

A análise do exposto até aqui leva a perceber que apenas a criação de tipos penais não basta para assegurar a proteção da mulher, tendo em vista que não se trata apenas de garantir o

direito dessas de não serem vítimas de violência, seja no âmbito público ou privado e, sim, de ofertar às mulheres condições mais dignas e justas, de maneira que coibir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher se torne um preceito fundamental de um país que, conforme sua Constituição, luta por uma sociedade justa e igualitária.

Outrossim, além da atuação estatal por meio da criminalização de condutas, é necessário a adoção de vias alternativas capazes de criar os pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor, de maneira a permitir que o Sistema de Justiça ofereça uma resposta efetiva ao problema.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa se apresenta como “um modelo radicalmente diferente de resolução de conflitos em relação ao sistema de justiça criminal tradicional” (ACHUTTI, 2016, p. 55) que se baseia em um procedimento de consenso no qual a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo ilícito penal, através do diálogo buscam a tomada da decisão que aparentar ser a mais adequada ao caso.

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UMA ALTERNATIVA EFICAZ AO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO COMPARADO

A ideia de uma Justiça Restaurativa aplica-se a práticas de resolução de conflitos baseadas em valores que reforçam a importância da participação ativa das partes a fim de se encontrar uma solução mais justa, razoável e proporcional (AZEVEDO, 2005). Contudo, não há uma única forma de concepção do paradigma restaurativo.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar algumas práticas restaurativas existentes, à luz do Direito Comparado, a fim de traçar características em comum com o intuito de aferir se há ou não possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa aos casos de violência contra a mulher abarcados pela Lei Maria da Penha.

Ao se estabelecer comparativo entre três modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero – Portugal, França e Espanha – é possível perceber que há uma clara tendência em todos em tratar a violência doméstica de uma forma diferenciada da criminalidade comum, como prioridade de intervenção estatal por meio de uma resposta efetiva no âmbito do Sistema de Justiça Criminal. Essa tendência decorre da adoção de diplomas normativos comuns pelos referidos países, como a Diretriz 2012/29 do Conselho da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2012), específica sobre a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica (ÁVILA, 2014).

Segundo o referido autor, a orientação de política criminal é a de que os delitos em questão não podem ficar sem uma resposta efetiva. Contudo, deve-se assegurar uma diversidade de soluções destinadas à efetiva individualização da melhor resposta ao caso concreto, dentre as diversas opções que se apresentarem.

Insta pontuar que essa resposta deve buscar uma reparação efetiva da vítima, bem como a repressão contra o autor das agressões, sem descartar uma efetiva prevenção da reiteração dos atos de violência. Para mais, ela não deve ser

insuficiente a ponto de incentivar a reiteração da conduta e causar uma frustração na vítima, assim como não dever ser tão severa a ponto de romper com a proporcionalidade a ponto de causar um sentimento de culpa na vítima por ter gerado uma consequência mais severa que o ideal (MINISTÈRE DE LA..., 2011).

De mais a mais, uma das grandes práticas restaurativas adotadas pelo sistema francês consiste na possibilidade de diferenciação da resposta penal para a realização de alternativas à persecução penal para casos de violência contra a mulher de menor gravidade, associadas a medidas de intervenção sobre o agressor, ou ainda a possibilidade de realização da persecução penal associada a medidas cautelares que também possibilitem a referida intervenção (ÁVILA, 2014).

Para o referido autor, o sistema francês, diferentemente do sistema brasileiro, tende a considerar a efetiva capacidade de resposta do Sistema de Justiça, sem metas dissociadas da realidade, criando mecanismos alternativos à excessiva burocratização do modelo de justiça criminal tradicional, através de acordos processuais, bem como incentivando a articulação dos atores do referido Sistema, com destaque para as intervenções psicossociais, com parâmetros de atuação objetivos, que possibilitam distinguir os casos mais simples dos mais complexos.

Nesse sentido, a adoção de práticas restaurativas na França, representadas aqui pelos referidos acordos, se apresentam como uma forma de intervenção eficaz, posto que à medida que se distanciam do modelo burocrático da persecução penal conseguem oferecer uma resposta rápida ao conflito¹⁰. Na contramão do sistema francês, o sistema brasileiro parece ter uma preocupação cada vez maior com a institucionalização da persecução penal em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A diversificação da resposta penal aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher demonstram a abertura do sistema francês para a adoção de práticas restaurativas seguindo um modelo inédito na Europa que surgiu na

¹⁰ Em 2007, aproximadamente 55% dos casos foram solucionados com persecução penal, 40% com alternativas à persecução e 5% com composições penais, para as infrações penais em geral na França, indicando um aumento da utilização das alternativas à persecução ao longo do tempo (PAES, 2010).

Espanha¹¹ com a edição da Lei Orgânica 1/2004 (ESPANHA, 2004), no qual se abandonou a unilateralidade da via punitiva¹² e lançou-se mão de múltiplos instrumentos de natureza administrativa, trabalhista, cível e assistencial.

Para mais, o texto da referida norma sintetiza debates jurídicos e demandas de movimentos sociais acerca dos limites e instrumentos de proteção da mulher. A leitura do texto legal permite perceber que o foco do sistema espanhol não é a intervenção do sistema penal para a proteção dos direitos fundamentais da mulher, tal qual ocorre no ordenamento brasileiro e, sim, um modelo integral de tutela dos direitos fundamentais que demandam ações e investimentos públicos.

Nesse sentido, as práticas restaurativas implementadas a partir da referida lei objetivam transmitir uma reorientação valorativa sob a égide do respeito aos direitos e liberdades fundamentais, com medidas para inserção da mulher na vida laboral, proteção assistencial - com subsídios e prioridade no acesso a residência protegida. Além disso, envolve políticas educacionais, o controle da publicidade sexista e a preparação de magistrados e promotores de justiça (MACHADO RUIZ, 2010).

Percebe-se, pois, que com as alterações promovidas pela Lei Orgânica 1/2004 (ESPANHA, 2004), o enfoque do sistema espanhol passa a ser, de fato, a vítima, de forma que o Direito Penal se apresenta como um instrumento a mais de proteção de direitos e repressão à violação dos comandos legais que visam proteger as mulheres e, não como a única opção, tal qual se observa no modelo brasileiro de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.

11 Os primeiros dados estatísticos sobre violência doméstica na Espanha, datam de 1984, com a publicação por parte do Ministério do Interior com as estatísticas referentes à denúncias por maus tratos nas Delegacias. Somente a partir do ano de 1997, por ocasião da morte de Ana Orantes pelo seu ex marido, é que a violência doméstica passa a ser vista como um problema social grave, além de um atentado aos direitos constitucionais, o que deu lugar a reformas legais (GUTIÉRREZ ROMERO, 2008).

12 A aposta político-criminal pelo fortalecimento dos instrumentos penais de tutela da violência contra a mulher reflete-se no agravamento de determinadas condutas, e configura o que determinados setores feministas criticam como “fascinação criminalizadora”, que acabaria redundando em falsa imagem de que aquilo que não foi objeto de proibição é socialmente tolerado. As diversas situações de descumprimento de condenações envolveriam o restabelecimento da convivência entre marido e mulher, o que justificaria o enorme número de retratações ou opção por não declarar conta o agressor em juízo (MACHADO RUIZ, 2010).

Por sua vez, Portugal¹³, adota como uma das práticas restaurativas a suspensão provisória do processo para os casos de violência doméstica, com regras construídas especialmente para essa modalidade de delito, com o intuito de assegurar a adequada proteção à vítima, responsabilização do agressor, bem como a economia dos recursos humanos do Sistema de Justiça (ÁVILA, 2014).

A suspensão provisória do processo, se bem utilizada pelo Sistema de Justiça, pode se tornar um importante instrumento de quebra do ciclo de violência doméstica contra a mulher. Como já visto, trata-se de um acordo construído a partir do desejo da vítima, sem que seja deixado de lado a proteção da mesma, bem como a responsabilização do agressor. Nesse sistema, as avaliações de risco¹⁴, tal qual no sistema francês, assumem um papel essencial para a proteção da mulher, algo a ser pensado e implementado pelo sistema brasileiro, posto que permitem predizer o risco a que a vítima poderá estar exposta (FEITEIRA, 2011).

Essa tendência dos sistemas europeus ora analisados de adotar a avaliação de risco¹⁵ deriva de percepção de que diante da especificidade e natureza urgente do crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, o sistema penal precisa ter a sua disposição metodologias capazes de avaliar, intervir, predizer comportamentos futuros com o intuito de minimizar e/ou reduzir o risco,

13 Em Portugal, a intervenção no campo da violência doméstica começou por focar essencialmente o papel da vítima e os programas de intervenção com vítimas olvidando o papel do agressor. Não obstante, vários estudos apuraram uma elevada percentagem de mulheres vítimas no contexto de intimidade regressa para os seus companheiros abusivos ou não é a sua pretensão abandonar a relação, e muitos homens perpetradores de violência tendem a manter comportamentos e dinâmicas abusivas mesmo com outras companheiras. Para mais, constatou-se, ainda, a ineficácia das estratégias meramente punitivas e a preocupação com a manutenção da segurança da vítima e de outros elementos envolvidos, direta ou indiretamente, no abuso. A investigação mostra, igualmente, falhas ao nível das abordagens tradicionais individuais, de casal ou familiares ao culpabilizarem a vítima. Neste âmbito, torna-se necessário a responsabilização do agressor pelo seu comportamento abusivo através da sua integração em programas de intervenção (CUNHA; GONÇALVES, 2011).

14 A avaliação de risco é a metodologia que deverá ser aplicada em casos de violência doméstica, não só pelo seu caráter científico e estruturado, bem como pela sua capacidade preditiva, bem como é uma metodologia dinâmica que deve ser complementada com uma visão multidisciplinar e que deve abranger fatores de risco estáticos e dinâmicos, de modo a alertar-nos para a presença destes como determinantes do risco que se atribui a cada caso (FEITEIRA, 2011, p. 53).

15 A avaliação das vítimas é um dos momentos fulcrais, já que permite o diagnóstico da situação, a contextualização da violência, a apreciação do dano global da vítima direta e das eventuais vítimas indiretas, o cálculo de hipotéticos fatores de risco de manutenção da violência e, por último a produção de um importante instrumento de prova que possa ajudar a servir a Justiça (MOURAS; MAGALHÃES, 2010).

entendimento esse que ainda é tímido no ordenamento brasileiro (GUERRA, 2009).

Para mais, Espanha, França e Portugal mostram que a adoção de práticas restaurativas traz certas vantagens em relação ao modelo punitivo tradicional baseado na imposição de penas. Em primeiro lugar, o quesito celeridade, posto que a ação penal possui um trâmite processual longo, além de não contar com intervenções de viés psicossocial, de forma que a manutenção de um modelo tal qual o brasileiro acaba por vitimizar a mulher duas vezes: a primeira pelo agressor e, a segunda por um sistema que a coloca em segundo plano.

Outrossim, os países analisados também demonstram a importância e a necessidade da articulação da rede social de apoio à mulher vítima de violência doméstica e familiar, o que não se observa no Brasil, cuja rede de enfrentamento ao problema em questão foi construída em torno da Lei Maria da Penha e reforçada pela Lei do Feminicídio, que embora sejam leis fantásticas, coexistem com um sistema altamente burocrático, que faz com que muitas mulheres que estão em situação de violência doméstica não saibam o que fazer e, quando o sabem, não tenham acesso à uma rede de apoio sólida, acarretando em um enfrentamento ineficaz do problema (IDP, 2020).

Além disso, chama atenção o quão produtiva é a participação de organizações sociais na França, Espanha e em Portugal, apontando para a existência de um modelo que se propõe a ser efetivamente protetor, na medida em que lança mão de atores com maior disponibilidade para compreender e efetivar as políticas públicas necessárias para uma melhor assistência da mulher vitimada (ÁVILA, 2014).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos feministas da Europa, França e Portugal, diferentemente do brasileiro, não consideram as práticas restaurativas como uma banalização da resposta penal e, sim como um instrumento de intervenção mais eficaz, o que possibilitou que esses países ao buscarem uma forma mais eficaz de combater a

violência doméstica e familiar contra a mulher, adotassem modelos nos quais há uma combinação entre o poder punitivo do Estado e a proteção efetiva da mulher.

A adoção da Justiça Restaurativa como um mecanismo de enfrentamento à violência contra a mulher não exclui a imposição de penas aos autores da violência. Ao invés disso, busca evitar que haja uma banalização da responsabilização do agressor, sob pena de persistir a proteção deficiente a qual as mulheres foram e são submetidas. Há, pois, uma preocupação para que o sistema não penda exclusivamente para o modelo punitivo, tendo em vista que ele é reconhecidamente seletivo, e demonstra sua ineficácia para, sozinho, solucionar o complexo fenômeno em questão.

Para mais, a análise das práticas restaurativas à luz do Direito Comparado, leva a crer que se o sistema brasileiro lançar mão de mecanismos como os apontados, pode-se pensar na constituição de uma rota em direção à efetivação do binômio “proteção da mulher/responsabilização do agressor”.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 378 p.

ANTHONY, Carmen. Compartilhando critérios e opiniões sobre femicídio/feminicídio. In: CHIAROTTI, Susana; PÉREZ, Cecilia Heraud (org.). **Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicídio**. Lima: Cladem, 2012. p. 11-19. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/10/CLADEM_TipificacaoFeminicidio2012.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de (org.). Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2014. 394 p.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. *In*: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (orgs.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 116-117.

BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva. **Medidas Protetivas de Urgência e o Poder Judiciário Maranhense**: avaliação da eficácia da prestação jurisdicional estatal nos julgamentos de Medidas Protetivas de Urgência através da análise de seus recursos entre os anos de 2012-2016. 2018. 182 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 136 p.

BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu - violência doméstica e políticas criminais no Brasil. *In*: MELLO, Adriana Ramos de (org.). **Comentários à Lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-20.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Brasília, 9 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 101, n. 21, p. 389-426, mar. 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/76637>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. **Feminismo e Direito Penal**. 2011. 180 f. Dissertação (Doutorado) - Mestrado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-14052012-161411/publico/Mariana_Guimaraes_Rocha_da_Cunha_Bueno_ME.pdf. Acesso em: 08 nov. 2021.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MAGALHÃES, Tatiana Veloso; MENDES, Ronaldo Soares. Os reflexos da efetivação dos direitos fundamentais no combate à violência contra a mulher: uma análise da efetividade do Sistema Penal à luz da Criminologia Crítica. In: III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2021, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: Conpedi, 2021. p. 177-197. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/991zo88p/GcHAI08yOxhGZM2m.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2021.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 213 p.

DINIZ, Gláucia Ribeiro Starling. Conjugalidade e violência: reflexões sob uma ótica de gênero. In: FÉRES-CARNEIRO, Terezinha (org.). **Casal e família: conjugalidade, parentalidade e psicoterapia**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011. p. 11-26.

EDGARD JÚNIOR. **Cepal alerta para elevado número de feminicídio na América Latina e Caribe**. 2015. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2015/11/1533041-cepal-alerta-para-elevado-numero-de-feminicidio-na-america-latina-e-caribe>. Acesso em: 13 out. 2021.

ESPANHA. **Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre de 2004**. Madrid, 28

dez. 2004. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2004/BOE-A-2004-21760-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

FACIO, Alda; FRÍES, Lorena. Feminismo, Genero y Patriarcado. In: FACIO, Alda; FRIES, Lorena (ed.). **Genero y Derecho**. Santiago: La Morada, 1999. p. 6-39. Disponível em: <http://fundacionjyg.org/wp-content/uploads/2018/05/Genero-y-Derecho.pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.

FEITEIRA, Liliane. **Manual de avaliação de risco**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências da Saúde Egas Moniz, 2011.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/relatorio-vitimizacao-de-mulheres-no-brasil-2deg-edicao>. Acesso em: 15 jul. 2021.

GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Côrrea. Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/feminicídio?. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 202, p. 59-75, abr. 2014.

GINDRI, Eduarda Toscani; BUDÓ, Marília de Nardin. A função simbólica do Direito Penal e sua apropriação pelo movimento feminista no discurso de combate à violência contra a mulher. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 236-268, jun. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/651/461>. Acesso em: 18 jul. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. Femicídio: o que não tem nome nem identidade não existe. *Emerj*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 191-202, mar. 2016.

GOMES, Luiz Flávio.; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo Penal Legislativo**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. 336 p.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. Dilemas e utopias quanto aos fundamentos da

pena: uma reflexão a partir do debate entre Carlos Santiago Nino e Eugenio Raul Zafaronni. *In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2008, Brasília. p. 3093-3108. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/brasil/14_736.pdf. Acesso em: 23 jul. 2021.

GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel. Violencia de género: justicia y práctica. *La Ley*, nº 7073, Año XXIX, dez. 2008, p. 1-8.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. Penas perdidas: o sistema penal em questão. 1. ed. Tradução por Maria Lúcia Karam. Niterói: Luan, 1993, 180p.

IDP - INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO. **Painel 78**: Vítimas de violência doméstica e acesso à Justiça. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aSrvajT4ub8>. Acesso em 25 jul. 2021.

LAGARDE, Marcela. Del femicidio al feminicidio. Desde El Jardín de Freud, Bogotá, n. 6, p. 216-225, 2008. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343/8987>. Acesso em: 23 jul. 2021.

LARRAURI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2018. 152 p.

MACHADO RUIZ, María Dolores Machado. La perspectiva de género en derecho comparado. *In: LAURENZO COPELLO, P. (Org.). La violencia de género en la ley: reflexiones sobre veinte años de experiencia em España*, Madrid: Dykinson, 2010.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTÉS. Les violences au sein du couple: guide de l'action publique. Paris: Direction Des Affaires Criminelles Et Des Grâces, 2011. 101 p. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/publication/guide_violences_conjugales.pdf. Acesso em: 22 jul. 2021.

MOURAS, M. José; MAGALHÃES, Teresa. A perícia médico-legal em casos de violência nas relações de intimidade. Contributo para a qualidade. **Revista**

Portuguesa do dano corporal, Coimbra, n. 21, p. 9-35, 2010.

NAVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 263 p.

ONU MULHERES. **Região da América Latina e do Caribe é a mais violenta do mundo para as mulheres, diz ONU**. 2017. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/regiao-da-america-latina-e-do-caribe-e-a-mais-violenta-do-mundo-para-as-mulheres-diz-onu/>. Acesso em: 18 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Feminicídio ou femicídio: América Latina, Caribe (21 países): feminicídio ou femicídio, último dado disponível (em números absolutos e taxas por cada 100 mil mulheres)**. Nova Iorque: Cepal, 2020. Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/feminicidio-ou-femicidio>. Acesso em: 18 nov. 2021.

PAES, Vivian Ferreira. A investigação policial e a instrução criminal na França. *In*: MISSE, Michel. O Sistema Francês (Org.). **O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: Booklink, 2010.

PRATT, John. Penal populism: key ideas in criminology. Nova Iorque: Routledge, 2007. 210 p.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Cidade do México, jan. 2002. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3703/4543>. Acesso em: 21 jul. 2021.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça restaurativa - um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal: porquê, para quê e como?**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

SILVA, Gabriela Alves et al. Violência, violências: um problema singular ou plural?. *In*: **Encontro de Ensino de História**, 2018, Eunápolis. Uberlândia, 2018.

p. 1-11. Disponível em: http://www.eventos.ufu.br/sites/eventos.ufu.br/files/documentos/gabriela_alves_silva-lays_venancio.pdf. Acesso em: 24 jul. 2021.

TOLEDO, Patsili. Femicídio. **Sistema Penal & Violência**: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 77-92, jun. 2016a.

TOLEDO, Patsili. La aplicación de leyes sobre Femicidio/Feminicidio en América Latina: Primeras evaluaciones. **Emerj**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 82-92, mar. 2016b.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 2012/29, de 25 de outubro de 2012. Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Estrasburgo, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=EN>. Acesso em: 21 jul. 2021.

VELOSO, Roberto Carvalho; PASSOS, Kennya Regyna Mesquita. Sistema de Justiça Penal: a seletividade de gênero como desafio à construção de uma ordem social igualitária. *In*: PIMENTA, Clara Mota; SUXBERGER, Rejane Jungbluth; VELOSO, Roberto Carvalho (org.). Magistratura e Equidade: Estudos sobre gênero e raça no Poder Judiciário. Belo Horizonte: D'plácido, 2018. p. 59-86.

150 - 175

Artigo

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO
INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS PRINCÍPIOS DO
CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA PERSECUÇÃO
PENAL**

MARIA ELDA DE MOURA CARDOSO BARBOSA, ITAMAR DA SILVA SANTOS FILHO

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA PERSECUÇÃO PENAL

DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION AS AN INSTRUMENT OF GUARANTEE OF THE PRINCIPLES OF THE ADMISSION AND BROAD DEFENSE IN CRIMINAL PERSECUTION

MARIA ELDA DE MOURA CARDOSO BARBOSA

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí – UESPI.

E-mail: maria.elda@hotmail.com

ITAMAR DA SILVA SANTOS FILHO

Professor orientador da Universidade Estadual do Piauí – UESPI.

E-mail: itamarssfilho@yahoo.com.br

RESUMO: O presente trabalho aborda a Investigação Criminal Defensiva no ordenamento jurídico brasileiro. Diante do atual cenário social, em que o direito internacional repercute sobre a importância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo penal, a pesquisa objetiva refletir sobre a fundamentação jurídica que possibilita a utilização da investigação direta pela defesa no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, faz uso de pesquisa bibliográfica e documental, por meio de revisão da literatura nacional sobre o tema proposto. Assim como busca apresentar como o tema vem sendo tratado em âmbito internacional. O trabalho reflete sobre a importância dos direitos fundamentais e sua observância em todos os momentos do processo criminal, especialmente na fase de investigações preliminares. Observa, com base nos princípios da Constituição Federal, que a investigação criminal defensiva busca a efetiva paridade de armas entre acusação e defesa. O trabalho propõe a interpretação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com foco na paridade de armas no processo penal.

Palavras-chave: investigação criminal; ampla defesa; contraditório; paridade de armas.

ABSTRACT: The present work approaches the Defensive Criminal Investigation in the Brazilian legal system. Given the current social scenario, in which international law has repercussions on the importance of the principles of contradictory and full defense in criminal proceedings, this research aims to reflect on the legal basis that allows the use of direct investigation by the defense in the national legal system. To do so, it makes use of bibliographic and documentary research, through a review of the national literature on the proposed theme. As well as, it seeks to present how the topic has been treated at an international level. The work reflects on the importance of fundamental rights and their observance at all times of the criminal process, especially in the phase of preliminary investigations. Based on the principles of the Federal Constitution it observes that defensive criminal investigation seeks effective equality of arms between prosecution and defense. This work proposes the interpretation of the principles of contradictory and full defense, focusing on equality of arms in criminal proceedings.

Keywords: criminal investigation; broad defense; contradictory; equality of arms.

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, a investigação preliminar se dá majoritariamente por meio do inquérito policial. O código de processo penal,

no artigo 4º, encarrega às autoridades policiais o exercício da polícia judiciária.¹ Ainda o artigo 4º menciona que a atribuição para a apuração das infrações penais e de sua autoria não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.² É durante a investigação criminal que se buscam elementos a fim de solucionar infrações penais. Durante a fase do inquérito policial, por se tratar de um procedimento administrativo, não haveria necessidade de participação do investigado. No entanto, os elementos de informação colhidos durante o inquérito policial são introduzidos no processo criminal e apresentados como verdadeiras provas aptas a embasar uma sentença condenatória. Tal circunstância torna inconstitucional o fato de o acusado não exercer o direito de defesa durante o inquérito, tendo em vista a previsão constitucional do direito ao contraditório e à ampla defesa.³

Atualmente, muito se tem falado sobre a importância dos Direitos Humanos fundamentais, tema amplamente discutido a nível mundial, resultando em acordos e convenções que vinculam países do mundo todo. Um dos temas atuais e controversos que vem sendo discutido e tratado como direito fundamental é a investigação criminal defensiva, que seria a possibilidade de a defesa utilizar-se dos meios de provas possíveis para exercer uma defesa de forma mais justa, podendo inclusive agir na produção de provas.

A investigação criminal defensiva é o procedimento de investigação realizado pela defesa, na busca de fontes de prova, de forma a buscar uma equiparação entre acusação e defesa. Assim, estaria garantido ao imputado os direitos constitucionais de igualdade e defesa em todas as fases da persecução penal. Portanto, a investigação defensiva seria um procedimento apto a equilibrar a relação na investigação criminal, garantindo a igualdade entre as partes e, dessa forma, a paridade de armas entre acusação e defesa.

2 REGULAMENTAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

2.1 Investigação defensiva no direito internacional

O Direito Internacional, por meio de diversos documentos, tem buscado o fortalecimento do respeito aos Direitos Humanos, dando grande atenção às proteções dos direitos dos cidadãos em uma busca constante por igualdade e justiça na condução dos processos em todos os países signatários. Alguns Tratados mencionam especificamente o direito à ampla defesa nos processos penais e os direitos do acusado, buscando reiteradamente que não se cometam julgamentos que não respeitem os direitos fundamentais da Constituição de cada país.

Pode-se citar, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Todos os instrumentos citados trazem determinações objetivas no sentido de proteger os direitos fundamentais, a presunção de inocência e o direito à ampla defesa. O Brasil, como país signatário, submete-se ao que foi acordado, devendo respeitar cada um dos preceitos.

O artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos pronuncia que “[...] toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela Lei”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no artigo 14, 2 e 3 trata do direito da pessoa acusada:

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.
3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:
 - a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;
 - b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
 - c) De ser julgado sem dilações indevidas.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8º, prevê Garantias Judiciais que remetem ao direito de investigação defensiva, como, por exemplo, “[...] o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

Sobre os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, Prado (2014 *apud* LIMA, 2019, p. 1) comenta que:

[...] o regime jurídico-constitucional do processo penal, erguido em torno da ideia central da presunção de inocência, cobra que se permita à defesa atuar desde o primeiro momento, como exigem os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, estabelecendo o equilíbrio entre a investigação que fornece lastro à acusação e as pesquisas que podem revelar a improriedade ou temeridade dela. Assim, não oportunizar ao investigado participar do importante momento de formação do processo, em par de igualdade, é tolhê-lo de um direito fundamental de justiça.

Assim, é notório que o Direito em âmbito internacional vem a muitos anos buscando validar a importância dos direitos fundamentais do indivíduo, a necessidade de respeito à Constituição de cada país e a seriedade com que deve ser tratado o direito à ampla defesa e da presunção de inocência, o que evidencia a busca por evitar condenações injustas e respeito ao acusado, que ao passo que pode ser culpado pela infração penal, pode também ser inocente diante do fato a ele imputado. Mais do que respeitar o direito do inocente, o Direito Internacional pretende respeitar os direitos humanos de todos, garantindo que a pretensão punitiva do Estado seja cumprida com limites que preservem os direitos fundamentais dos cidadãos.

2.1.1 A investigação criminal defensiva nos Estados Unidos e na Itália

Os Estados Unidos e a Itália são dois países que regulamentaram a investigação pela defesa, tratando o tema com extrema importância e buscando cada vez mais

aperfeiçoar a prática em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Nos Estados Unidos, a investigação defensiva já está instituída e o advogado tem o direito de promover investigação em favor do acusado. No modelo norte-americano, a gestão de provas é das partes e não do juiz.

Conforme explica Machado (2009, p. 103):

As partes são responsáveis pela marcha processual e detêm “tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto de indagação. A autoridade judiciária, para não comprometer a sua imparcialidade, deve-se manter inerte com relação à atividade probatória.

Araújo (2017) comenta que a dialeticidade do sistema processual norte-americano impõe uma postura ativa do advogado na busca de elementos que favoreçam o defendido. A postura ativa é ainda mais relevante, considerando que 95% dos casos levados ao Sistema Judiciário Federal são resolvidos em *plea agreements* (acordos de confissão). Elementos que favoreçam a defesa nesse momento podem ser decisivos para o acusado realizar o acordo ou buscar o oferecimento de melhores condições.

Machado (2009) conclui que, até mesmo por ser consequência natural do regime jurídico adotado nos EUA, a investigação defensiva é plenamente admissível:

Os meios de prova obtidos na investigação defensiva podem ser utilizados na fase judicial, desde que expressamente admitidos pelo Juiz na etapa adjudicatória. Não há procedimento rígido previsto em lei para a realização da investigação defensiva, como, aliás, é característico de sistema jurídico de common law. No entanto, devem ser obedecidas as diretrizes gerais estabelecidas no texto constitucional e as orientações emanadas dos Tribunais. (MACHADO, 2009, p. 106).

Assim, percebe-se que pelo fato de ser atribuído às partes a iniciativa de investigar e apresentar provas, a investigação defensiva ganha força para se efetivar. A busca por elementos de defesa vai fazer diferença na fase dos acordos, movimentando com mais agilidade a solução dos casos, bem como a liberdade das partes em apresentar as provas garante interesse na produção de provas.

Na Itália, com a reforma do Código de Processo Italiano, em 1988, houve profundas alterações, como a retirada da investigação das mãos do Juiz Instrutor, entregando para o Ministério Público. Embora houvesse assegurada a participação do investigado, ainda era um tratamento superficial. Em 1999, no artigo 111 da Constituição Italiana, foi introduzido o princípio *del giusto processo* que contempla, entre outros, a imparcialidade do juiz e a paridade de armas. Com a Lei nº 397/00, em 2000, o legislador trouxe maior detalhamento para a realização de atividades de investigação pelo defensor, reconhecendo a possibilidade de o defensor assumir uma postura ativa e de conduzir uma investigação em qualquer fase do processo (ARAÚJO, 2017).

A Lei nº 397/00 introduziu disposições específicas em matéria de investigação defensiva, atribuindo ao advogado o poder-dever de empreender ações a fim de produzir evidências favoráveis ao seu assistido. O papel do advogado na produção da prova defensiva torna-se um dever. Segundo entendimento de Denis Sampaio, a função do advogado não é esclarecer todos os fatos e, sim, buscar fontes e elementos de prova para benefício de seu defendente (ZANARDI, 2016).

Embora esteja instituída no ordenamento jurídico, a introdução da investigação defensiva na Itália enfrentou obstáculos e resistências:

Com efeito, o caldo cultural inquisitorial e o receio de que a participação do investigado em um ambiente historicamente titulado pelo judiciário pudesse manipular ou falsificar elementos probatórios conduziram a uma resistência jurisprudencial ao novo regramento, o qual, com o tempo, “ultrapassou as desconfianças e se impôs como essencial à estrutura do processo penal

italiano contemporâneo”. (ARAÚJO, 2017, p. 1).

Com a reforma no sistema processual italiano, a defesa passou a ter posição ativa, passando a ter poderes de buscar fontes de prova em favor do acusado. A Constituição italiana prevê o direito de defesa no artigo 24 e prevê que o sujeito passivo deve dispor do tempo e das condições para preparar sua defesa, podendo adquirir qualquer meio de prova a seu favor (MACHADO, 2009).

É possível perceber previsões semelhantes às previstas nos Tratados Internacionais, como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que prevê expressamente o direito de “[...] dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”.

Paolo Tonini (2007 apud MACHADO, 2009, p. 114):

[...] a investigação defensiva é, ao mesmo tempo, direito e dever do advogado. É direito com relação à Autoridade Judiciária, que deve permitir a sua livre realização. É dever com relação ao cliente, pois a investigação defensiva pode ser necessária para a efetiva tutela de seus interesses.

Logo, a Itália atribuiu um poder-dever ao advogado que busca a paridade de armas, trazendo o direito de preparar sua defesa com todos os elementos que possam beneficiar o acusado, fortalecendo o artigo 111 da Constituição italiana, em uma busca pelo desenvolvimento de um “justo processo regulado pela lei”.

2.2 Regulamentação da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro

A investigação criminal defensiva não está regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro. O projeto de Lei n.º 8.045/2010, que trata da proposta do novo Código de Processo Penal prevê, no artigo 13, a possibilidade de incluir a efetiva investigação defensiva, possibilitando ao investigado, por meio do defensor, tomar a iniciativa de indicar fontes de provas:

Art. 13 É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

§1º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetos e do consentimento formal das pessoas ouvidas.

§2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento.

§3º Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.

§4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

§5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

§6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

O artigo 13 consagra a investigação defensiva, demonstrando a importância da fase de investigação inicial na persecução penal, deixando claro inclusive que o material produzido pela defesa poderá ser juntado aos autos do inquérito. Sobre o tema, discorre Lima (2019):

Pela relevância que os elementos de informação produzidos na fase preliminar da persecução penal têm para sua continuidade ou encerramento, a atenção que o direito positivo brasileiro dá à investigação defensiva pode ser vista como critério da legitimidade da persecução penal como um todo. Afinal, se os elementos de informação produzidos na fase investigativa do processo penal, se constituem em antecipação de futura prova a ser produzida em contraditório ou em meios de prova ou de pesquisa de prova irrepetíveis, é fundamental que se analisem as justificativas e os limites da atividade defensiva. (LIMA, 2019, p. 10).

Pode-se observar que o artigo condiciona no §5º que o material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. Assim como dá ao juiz o poder de fixar as condições de entrevista da vítima, se for o caso. Assim, há de certa forma um receio de que a investigação defensiva seja realizada de forma independente, o que mantém uma disparidade no tratamento entre acusação e defesa.

Sobre o tema, opina Araújo (2017) que o texto de lei não contempla temas sensíveis, como, por exemplo, o acesso da defesa a locais privados e a incidência do regime das provas ilícitas nas provas produzidas pelo investigador privado. Além disso, há uma assimetria no tratamento entre as partes quando mantém nas mãos da Polícia e do Ministério Público o juízo de conveniência acerca das medidas requeridas pela defesa. É oportuna a iniciativa de regulamentar a investigação defensiva, mas a proposta é insuficiente para suprir a disparidade de armas entre acusação e defesa.

Silva (2019), ao comentar que o único dispositivo incluído no novo Código não se revela suficiente para disciplinar a matéria, opina sobre o que uma regulamentação inicial e não exaustiva da investigação defensiva pelo Código deva prever:

1 – o reconhecimento da atividade propriamente dita e os momentos em que ela pode ser realizada; 2 – as diligências e o seu modo de agir, estabelecendo limites e comportamentos, especialmente em relação aos terceiros abordados por essa investigação; 3 – o grau de publicidade da investigação defensiva e a possibilidade de utilização no inquérito policial, procedimento investigatório, ação penal ou qualquer outro momento procedimental; 4 – a possibilidade de investigação defensiva em favor de vítimas; 5 – o responsável pela condução da investigação defensiva e os sujeitos que dela farão parte; 6 – a possibilidade de amparo judicial quando houver obstáculo ao exercício da investigação defensiva. (SILVA, 2019, p. 1).

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), na Lei n.º 13.245/2016, que reforma o estatuto da OAB, prevê no artigo 7º que são direitos do advogado:

XIV: Examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;
XXI: assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) Apresentar razões e quesitos. [...].

Gameleira (2017) ressalta que a reforma do Estatuto da OAB, ao trazer o direito de o advogado acompanhar o cliente em qualquer instituição, inclusive investigação criminal, revela uma grande conquista para a classe profissional e para a sociedade. A lei não traz a obrigação de que o defensor acompanhe, mas a faculdade. Assim, se o acusado comunicar à autoridade policial que possui defensor constituído, este deverá ser comunicado a respeito do procedimento. Se a autoridade não comunicar o advogado ou fizer os atos de forma unilateral, os atos poderão ser considerados nulos.

O supracitado Estatuto revela uma busca pela melhor defesa, condicionando inclusive que, se os critérios não forem devidamente observados, os atos poderão ser considerados nulos. Lopes Junior (2019) lembra que, no plano legislativo, o Código de Processo Penal de 1941, com suas alterações, assegura a dinâmica da investigação defensiva, como, por exemplo, em dispositivos como a *notitia criminis*⁴, a assistência à acusação⁵, ou o pedido de busca e apreensão⁶ pelo acusado/ofendido.

4 Artigo 5º, § 3º: Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

5 Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.

6 Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Em 11 de dezembro de 2018, o Conselho Pleno da OAB aprovou o provimento n.º 188/2018, que regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias e de presidência de inquérito defensivo. O provimento vincula somente os advogados estabelecendo, entre outras medidas, em que momento a investigação defensiva pode ser desenvolvida e as finalidades da investigação, sendo assim um parâmetro para o exercício do advogado.

Segundo Souza (2021 *apud* DIAS, 2019), o provimento buscou apresentar os parâmetros, as técnicas e os valores que devem ser adotados, assim como a possibilidade de aumento das prerrogativas do advogado em sua atividade.

O Art. 4º do provimento fala que o advogado pode promover todos os atos investigativos, salvo aqueles de reserva de jurisdição. Já o artigo 7º, quando fala que o advogado não pode sofrer censura ou impedimento durante a investigação, buscar amparar e dar legitimidade a esta atividade defensiva diante de eventuais dificuldades e preconceitos impostos aos advogados, tais como: negativa de acesso a dados, demora no fornecimento de dados, censura (fornecimento parcial de informações) ou depreciação da atuação do advogado.

O provimento é interessante e não estabelece limites para atuação do advogado na investigação defensiva. A criação do provimento teve a finalidade de regulamentar o exercício da prerrogativa do advogado durante a realização de diligências investigativas para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Permite uma atuação bastante extensa ao advogado no intuito de a defesa se igualar mais com a acusação no que tange à produção de provas. O provimento se apresentou como um elemento divisor de pensamentos no âmbito jurídico do país, buscando a efetivação de garantias constitucionais como ampla defesa, direito à prova da inocência e paridade de armas (ALMEIDA; SILVA; FANTECELLE, 2021).

Embora haja uma previsão no novo Código de Processo Penal, a investigação defensiva ainda não se encontra regulamentada expressamente no país. A

esse respeito Kuhn (2018) defende que embora não exista, até o momento, regulamentação da investigação defensiva (senão um projeto de lei):

[...] não significa que este procedimento seja vedado, ao contrário: por força do princípio da legalidade, bem como dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa, deve-se admitir a investigação criminal defensiva, afinal, se não é proibida expressamente e, de outro lado, encontra amparo nos direitos de defesa, estampados constitucionalmente (art. 5º, LV, da CF), há de ser admitida. (KUHN, 2018, p. 1).

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, estabelece “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Logo, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser assegurados em todos os processos, servindo de embasamento da investigação criminal defensiva, bem como o Provimento n.º 188/2018 da OAB fundamenta a nova hipótese de atuação defensiva. Além disso, tratados internacionais firmados pelo Brasil são outra fonte de suporte normativo para o exercício da defesa técnica (SILVA, 2019).

É importante ressaltar que há uma previsão de incluir a investigação defensiva no ordenamento jurídico a partir do novo Código de Processo Penal, mas não é possível garantir que o artigo não seja vetado ou que sofra uma alteração em seu texto. Dessa forma, os princípios constitucionais são o fundamento que garantem que a investigação pela defesa se desenvolva na realidade brasileira enquanto o plano legislativo caminha para sua efetiva regulamentação.

3 ATOS PASSÍVEIS DE REALIZAÇÃO E LIMITES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Quando se discorre sobre a investigação defensiva, inevitavelmente se reflete sobre quais atos a defesa poderá realizar e se encontra limites em sua atuação, diante da necessidade de não atrapalhar as investigações iniciais da persecução

penal.

A investigação defensiva, quando regulamentada, precisa observar alguns limites, como forma de não tornar a investigação criminal mais burocrática. Quando se pensa em admitir o contraditório, pode-se levantar a questão de estar repetindo o que vai acontecer na ação penal. Mas o contraditório na investigação defensiva deve ser aplicado de forma mitigada (FREITAS, 2013).

Sobre os atos passíveis de realização pela defesa, como exemplo, Zanardi (2016 *apud* KUHN, 2017) cita ações que são possíveis de serem realizadas na Itália, na busca por evidências probatórias favoráveis ao assistido: promover o colóquio não documentado, que consiste na entrevista pessoal e informal a potenciais testemunhas; receber ou colher a declaração escrita de pessoas (sem a presença do imputado, da vítima ou de outras partes privadas), com a cominação de crime de falso testemunho (excluídas as que, já ouvidas no inquérito ou processo, estão proibidas de depor perante o defensor); requerer laudos periciais ou produzi-los por meio de assistentes técnicos; realizar vistoria em coisas ou inspecionar lugares públicos ou privados (exceto aqueles compreendidos como “casa”), em caso de não permissão do particular requerendo expedição de autorização judicial; solicitar documentos em poder da Administração Pública; e formar o instrumento para documentação dessas atividades visando ao seu encarte em qualquer estágio do inquérito ou processo.

A aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro deve ser ponderado, para que haja eficiência na investigação criminal. Logicamente, não se pode trazer o modelo produzido em outros países e aplicar no direito brasileiro, pois deve haver ponderação com vistas à Constituição. As garantias constitucionais devem ser o centro do sistema investigatório, que deve oferecer ao imputado as garantias constitucionais sem retirar a eficiência da investigação criminal. Ou seja, a investigação defensiva baseia-se na eficiência e no garantismo, buscando a igualdade, com a intenção de minimizar o risco de ações injustas ou infundadas. A autoridade policial deve permitir um contraditório moderado, para não tornar a investigação ineficaz, mas com possibilidade de ampla defesa. O investigado

poderá apresentar provas para evitar uma denúncia ou, caso seja denunciado, criar um equilíbrio na fase processual (RHENDRIX, 2016).

Na realidade do ordenamento jurídico brasileiro, algumas ações passíveis de serem realizadas na investigação defensiva seriam: coletar e registrar declarações, realizar ou requisitar oitiva de testemunhas, requisitar documentos e informações, fazer diligências, produzir provas, utilizar assistência técnica, acessar banco de dados, visualizar o local e os instrumentos do crime, atuando de maneira mais presente frente o inquérito policial.

A defesa passa a possuir os mesmos poderes dos órgãos públicos, sendo permitido atividades investigatórias típicas ou atípicas. Os dados colhidos devem ser registrados na forma escrita e o procedimento pode ser mantido sob sigilo até o fim da instrução criminal pública (ALMEIDA, 2016).

Assim sendo, a investigação se desenvolve de forma independente, segundo critérios traçados pelo defensor, no interesse do investigado de forma paralela aos órgãos oficiais, por meio de estratégias e linhas investigativas próprias e independentes, observado os parâmetros constitucionais e legais na realização da prova. O defensor não exerce um papel coadjuvante, mas, sim, o papel principal, no cenário investigativo (LIMA, 2019).

Sintetizando, Machado (2009) diz que a investigação defensiva é instrumento que permite ao defensor do imputado, desde o início da persecução prévia ou na eventualidade de sua instauração, recolher dados materiais úteis à defesa dos interesses de seu cliente. O autor ainda observa que há quem sustente que, apesar de plausível no plano teórico, a investigação defensiva seria impossível na prática, principalmente pela situação econômica precária dos imputados. E que haveria mais desigualdade entre os imputados, tendo em vista que uma minoria poderia efetuar a atividade investigatória. No entanto, cabe ao Estado, se o imputado não puder arcar com os custos de um advogado, garantir defensor público para conduzir a investigação. Logo, a condição econômica do imputado não deve inviabilizar a

investigação defensiva.

Embora a defesa deva atuar de forma independente, devem ser observados limites pelo defensor quando da utilização da investigação defensiva. A defesa não pode atrapalhar as investigações, constranger testemunhas ou se exceder, por exemplo.

O instituto encontra limitações, assim, por exemplo, o responsável pela defesa deve obedecer à ética profissional, não deve produzir provas falsas, ilícitas ou protelatórias. Vale ressaltar que não pode haver imperatividade nas diligências da investigação criminal defensiva. A participação de terceiros deve ser voluntária, tendo em vista que a defesa não possui poder de polícia. O imputado deve oferecer aquilo que lhe for conveniente para a defesa, não tendo obrigação de apresentar fatos que o prejudiquem, preservando o direito de não produzir provas contra si mesmo (RHENDRIX, 2014).

Logo, embora não exista ainda uma regulamentação expressa sobre a investigação criminal pela defesa, os direitos ao contraditório e à ampla defesa devem ser garantidores dos direitos dos imputados. E devem ser observados os limites da ação do defensor, não sendo permitidos excessos e nem ações que possam embaraçar o curso das investigações.

4 A IMPORTÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O momento inicial de investigação no sistema processual penal brasileiro ocorre com as diligências realizadas pela polícia judiciária no inquérito policial. É nessa ocasião em que se reúnem informações que poderão dar início à ação penal. É entendimento da doutrina que o inquérito policial é procedimento persecutório de caráter administrativo, ocorrendo na fase preliminar, de caráter inquisitório. Justifica-se então que, por se tratar de um procedimento administrativo, não há a aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Em regra,

somente na fase acusatória, quando da instrução judicial, haveria a necessidade da aplicação dos princípios mencionados.

No entanto, na prática da realidade brasileira, o inquérito é utilizado por muitos magistrados para calcar decisões, como se houvesse sido produzido respeitando o contraditório e a ampla defesa (NUCCI, 2020).

Capez (2016), ao afirmar que o inquérito tem conteúdo informativo, ressalta que “[...] tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito” (CAPEZ, 2016, p.158).

Por exemplo, a confissão extrajudicial é válida como elemento de convicção do juiz se confirmada por elementos colhidos na instrução processual; é o que se extrai do art. 155 do Código de Processo Penal:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Na opinião de Freitas (2013), o inquérito policial é considerado na teoria como mera peça informativa, quando na prática não é assim tratado. Muitas ações penais fundaram-se em inquéritos policiais, presididos por delegados. Incluir o contraditório e a ampla defesa, moderadamente após o termo inicial, não conspira contra o êxito das investigações, mas, sim, assegura legitimidade às conclusões. A dificuldade em aceitar a ideia de garantias constitucionais no inquérito policial talvez se deva ainda pela origem das organizações policiais no Brasil. Conforme aponta o autor:

Ao longo de toda a sua história, as organizações policiais no Brasil sempre estiveram voltadas para a proteção do Estado, contra a sociedade, em favor do Governo. Farta documentação histórica demonstra que o processo de

afastamento da polícia com relação à sociedade, dá-se desde a fundação das organizações policiais. Talvez seja por essa razão que hoje, passados exatos 200 anos da criação da Polícia Judiciária no Brasil, ainda soa estranho falar-se em garantias constitucionais dos investigados na fase do inquérito policial, especialmente contraditório, ampla defesa e presunção de inocência como se, nas palavras de RUI BARBOSA, *“a lei processual em todo o mundo civilizado, não houvesse por sagrado o homem, sobre quem recai acusação ainda inverificada”*. (grifo do autor). (FREITAS, 2013, p. 1).

O peso probatório do inquérito policial é direcionado ao titular da ação penal e não ao magistrado. No entanto, as provas colhidas podem ser utilizadas como fundamentação de sentença condenatória, o que é inconstitucional, pois trata-se de um lastro probatório que não levou em consideração os direitos fundamentais, mas podem trazer consequências sociais, morais e pessoais à pessoa (GAMELEIRA, 2017).

Assim, ao mesmo tempo que a investigação inicial desenvolve-se como mera peça informativa, não tendo o caráter acusatório, esta mesma peça informativa pode ser utilizada pelo Magistrado como fundamento de decisão, conforme o já anteriormente mencionado art. 155 do CPP. O artigo diz que o juiz formará sua convicção a partir da prova produzida em contraditório, mas permite que possa fundamentar a decisão nos elementos informativos colhidos na investigação (embora não exclusivamente). Ora, se é possível ser condenado por uma informação em que não foi dado o direito de defender-se sob a égide dos princípios previstos na Constituição, essa fundamentação é inconstitucional.

Lopes Junior, Rosa e Bulhões (2019, p. 1) dizem que “[...] é um reducionismo ingênuo ou mal-intencionado dizer que a investigação preliminar não merece maior preocupação porque é apenas um procedimento administrativo, pré-processual e inquisitório”. Menciona o autor que, com base nos atos de investigação, pode-se tirar os bens de uma pessoa (medidas assecuratórias) e se pode retirar a liberdade dela (prisão temporária e prisão preventiva).

Portanto, se informações colhidas ainda na investigação preliminar, quando não haveria necessidade de contraditório, são capazes de condenar ou trazer consideráveis prejuízos para o acusado, é evidente que as peças informativas do inquérito estão sendo tratadas como provas.

No mundo da realidade, os elementos colhidos no inquérito policial não são valorados como meras peças informativas, mas, sim, como provas. A “prova” que mais condena no processo penal brasileiro é a prova produzida ainda na fase de investigação preliminar. Diante dessa realidade, em que os acusados são condenados por conta de “provas” produzidas na fase preliminar investigativa, sem ter exercido o direito ao contraditório e à ampla defesa, surge a necessidade de difundir a prática da investigação defensiva, como forma de buscar a isonomia e a paridade de armas, evitando condenações sem garantias dos direitos basilares da Constituição (KUHN, 2017).

Malan citado por Zanardi (2016) menciona que a pressão sobre a Polícia Judiciária e o MP para solucionar o caso não permite que todas as possíveis linhas investigativas sejam pesquisadas. O autor, na única pesquisa que existe sobre a prática da investigação defensiva no sistema brasileiro, analisou as apelações interpostas por condenações por crime de roubo perante o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, no período entre 1º de janeiro de 2000 e 31 de dezembro de 2000. A conclusão da pesquisa foi que só houve exercício de defesa técnica nas peças processuais consideradas obrigatórias, sob pena de nulidade processual, como alegações finais e razões de apelação. Na pesquisa, Malan (2012 *apud* ZANARDI, 2016, p. 201) concluiu que:

97,69% não tiveram qualquer tipo de defesa ao ensejo da lavratura do auto de prisão em flagrante; 77% não tiveram requerimento de qualquer medida em favor da sua liberdade (pedido de relaxamento de flagrante, de liberdade provisória, de revogação de prisão preventiva ou de habeas corpus); 92,89% não tiveram acesso à defesa técnica logo após o oferecimento da denúncia; 21,82% não contaram com a assistência de defensor por ocasião do interrogatório; 9,09% não tiveram alegações preliminares (art. 395 do

CPP); 35,7% não tiveram pedido de diligências (art. 499 do CPP) e 98,84% não tiveram sustentação oral recursal.

Além disso, se houvessem o contraditório e a ampla defesa na fase do inquérito policial, alguns casos seriam solucionados e ações penais poderiam ser evitadas, aliviando o Poder Judiciário. A investigação criminal defensiva representa uma possibilidade de isonomia na persecução penal, pois o sistema brasileiro é tendencioso a ser acusatório. Assim, uma investigação paralela à pública traria mais possibilidade de defesa ao imputado. Facilitaria ainda o trabalho policial ou ministerial, pois, ao passo que o imputado provasse sua inocência ainda na fase pré-processual, evitaria o início de uma ação penal desnecessária e permitiria que a polícia partisse para outra tese de investigação (GAMELEIRA, 2017).

No sistema vigente, durante a fase inicial em que prevalece o caráter inquisitório, não são observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. No entanto, na segunda fase, de caráter acusatório, os elementos do inquérito podem influenciar o convencimento do julgador. Assim, há um desequilíbrio entre as partes, tendo em vista que a defesa está impedida de produzir provas na fase inicial, mas os elementos colhidos pela acusação nesta fase podem ser utilizados para fundamentar uma decisão e eventual condenação.

Zanardi (2016) adverte que está mais evidente que deve haver impedimento ou restrição da influência do material colhido durante a investigação no convencimento do magistrado, uma vez que os elementos colhidos não se submetem ao contraditório. Alguns autores inclusive defendem que as peças do inquérito deveriam ser excluídas dos autos do processo penal e que há atualmente uma crise no inquérito policial. Mas mesmo diante das críticas, o inquérito policial tem a função de impedir acusações apressadas e destituídas de base. O artigo 5º, LV, da Constituição Federal, ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, não deve ser interpretado restritivamente, devendo nortear também a instrução prévia, sendo aplicados durante as investigações do inquérito policial.

Diz Lopes Junior (2019) que a disparidade de armas entre acusação e defesa

ocorre porque, além da cultura inquisitória do processo penal brasileiro, o Ministério Público pode investigar, assim como a polícia. De acordo com o artigo 156, I, do Código de Processo Penal, até o juiz pode determinar a prática de produção antecipada de provas no inquérito. Evidente a disparidade de armas quando somente a defesa não pode investigar nesta fase. Provavelmente, não se compreendeu que a investigação defensiva pode ser uma ferramenta de garantia dos direitos do cidadão e do advogado. A investigação defensiva não quer retirar a competência natural da polícia judiciária, mas não se pode negar o direito daquele que quer se defender provando. O autor diz ainda que é “[...] preocupante confundir o exercício do direito de defesa (seja ele pessoal ou técnico, positivo ou negativo) com ‘embaraçar a investigação’, numa clara criminalização, depreciação e humilhação da advocacia criminal” (LOPES JUNIOR; ROSA; BULHÕES, 2019, p. 1).

Portanto, a investigação defensiva surge como uma garantia de equilíbrio entre as partes, uma vez que, assim como a Polícia Judiciária e o Ministério Público representam o poder punitivo estatal, a defesa garante que o acusado tenha plena condições de se proteger e apresentar provas diante de acusações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação criminal defensiva, como dito anteriormente, não está legalmente regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o Provimento n.º 188/2018 da OAB inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao estabelecer hipóteses de investigação defensiva como sendo uma prerrogativa profissional do advogado. Além disso, há uma previsão de regulamentação na proposta do novo Código de Processo Penal.

Silva (2019) entende que a Constituição e os tratados internacionais são os alicerces para o direito de defesa. Tanto os tratados firmados pelo Brasil são uma fonte de suporte normativo para o exercício da investigação defensiva, como as normas constitucionais são a fundamentação para a investigação direta pela defesa.

O direito ao contraditório e à ampla defesa são garantias do indivíduo que devem ser observadas durante a investigação preliminar como forma de tratamento igualitário entre as partes. Quando os mencionados princípios são observados e respeitados ao longo da persecução penal, garantindo a paridade de armas entre acusação e defesa, pode-se dizer que houve eficácia dos direitos fundamentais da Constituição. Garantir a paridade de armas é uma forma de igualdade no processo.

Embora a matéria ainda não tenha sido legalmente disciplinada, as garantias e direitos individuais previstos na Constituição já permitiriam o desenvolvimento de ações que, respeitando os limites constitucionais, busquem a paridade de armas dentro do processo penal. Embora a Constituição não autorize expressamente, não há proibição à sua aplicação. Além disso, o Provimento nº 188/2018 da OAB apresenta parâmetros que podem ser utilizados pela defesa. Assim, antes mesmo da aprovação do novo Código de Processo Penal brasileiro, a investigação criminal defensiva pode ser iniciada.

Com a inclusão da investigação criminal defensiva no Código de Processo Penal, o Direito brasileiro encontrará amparo para o pleno desempenho da atividade, fortalecendo a importância dos direitos fundamentais e sua observância em todos os momentos de investigação, bem como ratificando e reconhecendo a normativa pioneira do Conselho Federal da OAB como parâmetro para o desenvolvimento da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro.

É imperativa a observância ao contraditório e à ampla defesa em todos os âmbitos do Direito, sendo esses princípios que devem ser resguardados sob o risco de inconstitucionalidades nas investigações de atos delituosos. É incontestável o papel da investigação defensiva como uma forma de buscar a paridade de armas entre acusação e defesa; paridade que busca garantir ao imputado o direito constitucional de igualdade. Por fim, garantir a melhor defesa trata-se de buscar maneiras de proteger os direitos e liberdades fundamentais, buscando um tratamento justo e igual nas investigações criminais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lis Brilhante de. **A investigação criminal defensiva como garantia dos direitos processuais constitucionais durante o inquérito policial**. 2016. 17f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Público e Privado) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/LisBrilhAntedeAlmeida.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

ALMEIDA, Josie Ribeiro de; SILVA, Vaneide da; FANTECELLE, Gylliard Matos. **Legalidade da investigação criminal defensiva e o Provimento nº 188/2018 do CFOAB**. 2021. Disponível em: https://repositorio.alfaunipac.com.br/publicacoes/2021/603_legalidade_da_investigacao_criminal_defensiva_e_o_provimento_no_188201.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS n. 156/09. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 9, n. 16, p. 233-246, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/104>. Acesso em: 05 jan. 2020.

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

BRASIL. Ordem dos Advogados. **Provimento n.º 188/2018**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS, Marcelo Eduardo. O direito do indiciado a uma investigação defensiva e contraditória no inquérito policial. **Escola superior da Polícia Civil**, 2013. Disponível em: <http://www.escolasuperiorpoliciacivil.pr.gov.br/arquivos/File/>

Noticias2sem2015/Contr aditorio.pdf. Acesso em: 20 dez. 2019.

GAMELEIRA, Francisco Rafael Bezerra. Investigação criminal defensiva. **Jus.com.br**, jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58734/investigacao-criminal-defensiva>. Acesso em: 15 dez. 2019.

KUHN, Guilherme. **Investigação criminal defensiva**. Porto Alegre, RS: Canal Ciências Criminais, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/investigacao-criminal-defensiva/>. Acesso em: 10 dez. 2019.

LIMA, Simone de Souza Oliveira. Investigação defensiva: em busca do equilíbrio processual. **Revista Científica Semana Acadêmica**, Brasília, v. 1, n. 162, p. 1- 15, 2019. Disponível em: <https://semanaacademica.com.br/artigo/investigacao-defensiva-em-busca-do-equilibrio-processual>. Acesso em: 10 fev. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; BULHÕES, Gabriel.

Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. São Paulo, SP: Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>. Acesso em: 20 dez. 2019.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. 2009. 212f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf. Acesso em: 20 dez. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. São Paulo, SP: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo, 1969. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>. Acesso em: 25 dez. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNU, 2009 [1948]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 dez. 2020.

PIDCP. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966**. São Paulo, SP: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2020.

RHENDRIX, Bruno. Breves considerações sobre a investigação criminal defensiva. **Jusbrasil**, 2013. Disponível em: <https://rhendrixbruno.jusbrasil.com.br/artigos/122337368/breves-consideracoes-sobre-a-investigacao-criminal-defensiva>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico**. São Paulo, SP: Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>. Acesso em: 10 dez. 2019.

SOUZA, Iara Lúcia de. **O Provimento nº 188/2018 da OAB e a fantasiosa paridade de armas**. 2021. Disponível em: <https://aacrimesc.org.br/o-provimento-no-188-2018-da-oab-e-a-fantasia-paridade-de-armas/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida. 2016. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 191- 216, jan./jun. 2016. Disponível em: file:///C:/Users/leona/Downloads/71-134-1-SM.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

176 - 196

Artigo

**TÉCNICA PROCESSUAL MONITÓRIA E SUA INTERAÇÃO COM
OS OBJETIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

GIULIANO CAMPOS PEREIRA, EMMANUEL ROCHA REIS

TÉCNICA PROCESSUAL MONITÓRIA E SUA INTERAÇÃO COM OS OBJETIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MONITORING PROCESS TECHNIQUE AND ITS INTERACTION WITH THE OBJECTIVES OF THE CIVIL PROCESS CODE

GIULIANO CAMPOS PEREIRA

Advogado. Procurador do Município. Graduado em Direito – UESPI.
Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal – INTA-FID.
Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil – UNINASSAU.
Pós-graduado em Direito Constitucional e Administrativo – ESA/
PI. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/7615301893702084>. E-mail:
giulianocamposadv@hotmail.com.

EMMANUEL ROCHA REIS

Doutorando em Direito PPGD – PUCRS. Mestre em Direito,
Democracia e Mudanças Institucionais na Universidade Federal
do Piauí – UFPI. Pós-graduado em Direito Processual. Professor
Titular na Universidade Estadual do Piauí – UESPI, Campus Picos
– PI. Advogado. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-6753-3424>.
E-mail: reisrocha2@gmail.com.

RESUMO: O texto em referência propõe-se a análise jurídica acerca da nova dimensão teórica e prática do mecanismo procedimental da técnica monitoria, advinda da atual conjuntura processual, composta pelos institutos processuais da estabilização da tutela provisória e da ação monitoria e sua adequação com o escopo de atuação do atual código de processo civil; com isso, busca-se observar as origens e evoluções doutrinárias e normativas acerca da presente temática e a sua repercussão jurisprudencial. Em síntese, por intermédio de metodologia de abordagem hipotética, utilizando o procedimento de pesquisa documental e bibliográfica, aspira-se um resultado qualitativo que identifique as novas perspectivas de tratamento e resolução das demandas cíveis, tendo por objeto último a prestação adequada da tutela jurisdicional no âmbito do processo civil brasileiro.

Palavras-chave: Processo. Princípios. Objetivos. Procedimentos Especiais. Técnica Monitoria.

ABSTRACT: The text in reference proposes the legal analysis of the new theoretical and practical dimension of the procedural mechanism of monitoring technique, arising from the current procedural conjuncture, composed by the procedural institutes of stabilization of provisional protection and monitoring action and its adequacy with the scope of performance of the current Code of Civil Procedure; With this, we seek to observe the doctrinal and normative origins and evolutions about the present theme and its jurisprudential repercussion. In summary, through the hypothetical approach methodology, using the documentary and bibliographic research procedure, a qualitative result is aspired that identifies the new perspectives of treatment and resolution of civil demands, having as its ultimate object the proper provision of judicial protection in the scope of the Brazilian civil procedure.

Keywords: Process. Principles. Goals. Special procedures. Monitoring technique.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno neoconstitucional foi o termo cunhado em meados do século passado para denominar as consequências teóricas de uma constante transformação ocorrida no cerne do Estado, por influência própria do direito constitucional, inerente à evolução interpretativa e valorativa do ordenamento jurídico, aproximando este, em sua integralidade, ao entendimento e a principiologia da força normativa da Constituição.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional. (BARROSO, 2020, p. 216)

Diante disso, os princípios ganham nova expressão conceitual e dinamismo prático. Assim, a teoria processual não se manteve indiferente à essa nova conjuntura, caracterizando-se pela aproximação do contexto infralegal dos institutos processuais; expressão maior disso, é a presença de postulados valorativos com foro constitucional, de forma expressa no limiar do Código de Processo Civil, ditando a cadência de toda a interpretação e aplicação dos seus demais artigos.

Tais anseios se agravaram a partir da primeira década do incipiente século XXI, ocasionando a mudança de concepção acerca da indumentária processual cível, uma vez que no século passado a prática rotineira eram as alterações legais por meio de reformas pontuais, que contribuíram para tornar o “Código Buzaid” assistemático, principalmente, quanto à maleabilidade procedimental atinente

ao grau de complexidade dos conflitos, problemática assimilada ao pautar os estudos que subsidiaram a redação final do vigente código processual.

O episódio mencionado no diagnóstico referido no parágrafo anterior, consolidou o entendimento de busca de uma nova roupagem, primordialmente, aos institutos fundamentais da teoria geral processual, sendo o primeiro, obviamente, o processo, marcado cada vez mais pela especialização procedimental da sua marcha de atos; em seguida, a figura da tutela jurisdicional, “uma das formas pelas quais o Estado assegura proteção a quem seja titular de um direito subjetivo ou outra posição jurídica de vantagem” (CÂMARA, 2013, p. 95).

Dessarte, depreendeu-se que caberia ao mais recente dos códigos, não a característica de uma nova e simplória disciplina jurídica, interpretando e aplicando os mais modernos instrumentos processuais com a visão obsoleta do código anterior, mas a de uma mudança sem precedentes na essência do compreender e fazer a atividade processual, harmonizada com os preceitos constitucionais, adequada à realidade fática, simplificadora das suas estruturas, fomentando o máximo rendimento de cada processo e a coesão sistemática. Neste sentido a lucidez da exposição de motivos do anteprojeto do código em voga, vista adiante.

O atual panorama processual, contudo, não restou silente ao compromisso com os instrumentos de defesa e seus princípios fundantes, em que pese a essência do atributo deflagrador dos efeitos processuais da técnica objeto deste estudo; consoante será exposto, o CPC teve a árdua tarefa de reequilibrar a tradição das premissas instituidoras da relação processual, com o vanguardismo dos mecanismos de celeridade e satisfação à tutela de direitos, tão presente na sua origem e atuação presente.

Assim, organizou-se este, em subdivisões de atos jurisdicionais, com olhar mais atencioso às facetas do direito material violado e o que se aspira em relação a este por ação do processo. Exemplo disso é a visualização da tutela preventiva no atual Código de Processo Civil, a qual possui composição repartida em tutela

inibitória e de remoção do ilícito, esquematização comum a outros instrumentos, como por exemplo: tutelas provisórias, julgamento conforme o estado processual, recursos, *etc.*

Dessa forma, o trabalho é fruto de pesquisa desenvolvida por meio de uma metodologia de análise bibliográfica, almejando resultado qualitativo, acerca da contribuição definitiva da percepção das ferramentas monitorias, nesta nova dinâmica processual, guiada pela eficiência e primazia do julgamento de mérito.

2 TUTELA MONITÓRIA

A importância do rigor técnico do código processual em estudo, tanto no aspecto teórico de interpretação dos seus instrumentos, quanto para sua irradiação no debate argumentativo, em uma visão pessoal acerca do mesmo, aproxima-se da frase referida ao escritor Guimarães Rosa¹, no seu monumental “Grande Sertão: Veredas”, em que este, referindo-se ao espaço geográfico e simbólico, marca da sua obra, atesta: “O senhor sabe: sertão é onde manda quem é forte, com as astúcias”.

A instituição do processo, antes de democrática e pacificadora social, exsurge como verdadeiro marco civilizatório, com maior ênfase na substituição da autotutela pela jurisdição, sendo que “nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 27). Nesta senda, é que o atual código processual avança, posto que prima, não pelo relevo do arbítrio ou da ascendência financeira, mas sobretudo, no poder de convencimento dos argumentos jurídicos.

É deste intuito, em retidão aos postulados constitucionais em prol de uma tutela jurisdicional adequada e célere que o atual Código de Processo Civil preconizou, embora com afastamento organizacional entre seus institutos, a técnica monitoria

1 João Guimarães Rosa (1908-1967): médico, diplomata, romancista, contista e novelista mineiro.

de resolução de conflitos, sistematizando seus atributos e reflexos processuais, compatibilizando a marcha procedimental e sua respectiva tutela às peculiaridades do direito pretendido nesta, por intermédio da estabilização da tutela provisória (artigo 304) e da ação monitoria (artigo 700), que em síntese, objetiva a antecipação de ordem definitiva, a partir da atitude processual da parte adversa.

2.1 AÇÃO MONITÓRIA

A presente medida judicial, com previsão legislativa a partir da reforma processual civil promovida pela Lei nº 9.079/1995, que atualizou o, à época vigente, código de 1973, em consonância com o contexto evolutivo oriundo do direito comparado, como o direito português e italiano, bem como remodelou o cariz instrumental da ação cominatória, mecanismo com maior proximidade sistemática com a ação ora em análise, prevista no Código de Processo Civil de 1939.

A partir de tal norma, a ação monitoria passou de construção puramente teórica para instrumento processual de máxima efetividade, adequando o trâmite procedimental e o seu respectivo comando jurisdicional aos seus efeitos práticos pretendidos, com isso, classificou-se esta como procedimento especial de jurisdição contenciosa, destacando-se, assim, a importância da tutela jurisdicional entre os elementos fundantes do direito processual.

O Estado Constitucional caracteriza-se pelo seu dever de dar tutela aos direitos. A jurisdição, nessa quadra, tem de prestar tutela jurisdicional a todos que acorrem ao Estado, tenham ou não razão em suas afirmações. A tutela jurisdicional consiste na predisposição a todos de um processo justo, adequado e efetivo, com todos os meios necessários à obtenção do melhor resultado possível para a situação levada a juízo. É a resposta da jurisdição ao direito de participação em juízo das partes. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 181)

Recentemente, a abrangência de sua previsão foi ampliada na nova sistemática processual, ocasionada pela vigência do Código Processual Civil (Lei Federal

nº 13.105, de 16 de março de 2015), com previsão expressa entre os artigos 700 a 702, acrescentando hipóteses de títulos que lastreiam a mesma, bem como pormenorizou o seu respectivo procedimento e ratificou alguns entendimentos jurisprudenciais.

Desta forma, como já mencionado, trata-se de ação cognitiva de procedimento especial, de jurisdição sumária, subsidiada, inicialmente, em um título injuntivo, desprovido de eficácia executiva, embora, tendente a originar título desta natureza, com intuito da utilização do seu respectivo instrumental; almeja-se, assim, o semblante executório a documentos destituídos deste, afastando-se, de início, o deslinde processual da fase de conhecimento.

Logo, seu fator determinante refere-se a dinâmica de inversão quanto ao contraditório, que se caracteriza por revestir um procedimento *secundum eventum defensionis*, tendo em vista que seu êxito processual depende da providência adotada pela parte contrária, que em último caso, permanecendo inerte, o demandante obterá chancela judicial de transmutação do título, a fim de uma satisfação executiva peremptória.

Não havendo impugnação do réu, a decisão se estabiliza. Em ambos os casos, a decisão, fruto de cognição sumária ou incompleta, é proferida, invertendo-se o ônus da iniciativa do contraditório, em manifesta concretização da *técnica monitoria*. (CUNHA, 2020, p. 543)

O CPC em comento, sensível à volatilidade dos conflitos atuais, amplificou o uso da presente tutela em relação ao texto codificado que o antecedeu, já que neste esta se resumia às obrigações de pagar quantia certa, de entregar coisa fungível ou bem móvel e, atualmente, acrescentou as mesmas a obrigação de entregar coisa infungível e de bem móvel, bem como a de fazer ou de não fazer (FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2015, p. 476-477); em resumo, hodiernamente, qualquer encargo jurídico a um bem da vida, poderá se valer da presente ação, consoante o *caput* do seu artigo 700.

Especificamente quanto ao seu *iter* procedimental, destaca-se, primeiramente, a sutil e percuciente alteração no seu estágio inicial de tramitação, no código revogado era autorizado ao juiz a expedição do mandado monitorio após a petição inicial está devidamente instruída, sem prever, expressamente, quais os requisitos e documentos essenciais para tanto, apenas em remissão tácita ao seus artigos 282 e 283 (requisitos da petição inicial); todavia, atualmente vigora a expressão de maior caráter analítico judicial, “evidente direito do autor” (artigo 701), perfazendo este, em um juízo sumário de mérito, bem como com observância aos elementos singulares que compõem a exordial monitoria, referentes basicamente ao objeto e efeitos patrimoniais da obrigação em discussão (artigo 700, § 2º).

Em sequência, observa-se a previsão expressa do artigo 702, estabelecendo aplicação à presente ação do artigo 916 do CPC², naquilo que for compatível, tal dispositivo disciplina a possibilidade de parcelamento do débito em litígio, porém seu uso restringe-se, exclusivamente, à execução genérica, excluindo a mesma do cumprimento de sentença; nota-se que, de forma interessante, como visto, a presente regra está disponível à ação monitoria embora a mesma busque consubstanciar no seu deslinde processual, um título executivo judicial, que no seu cumprimento por si só, não faz jus ao benefício processual em referência.

Por último, mas não menos importante, a vigente disciplina do remédio processual em estudo, também normatizou alguns entendimentos jurisprudenciais pretéritos à vigência do CPC atual, entre eles, destaca-se o § 6º do seu artigo 702, expressando que: “na ação monitoria admite-se a reconvenção, sendo vedado o oferecimento de reconvenção à reconvenção”; ao qual mimetizou o enunciado da Súmula nº 292 do Superior Tribunal de Justiça, que determina: “a reconvenção é cabível na ação monitoria, após a conversão do procedimento em ordinário”.

Da mesma forma, merece comentários e ponderações acerca do cabimento da

2 Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

presente ação em face do Poder Público, o § 6º do artigo 700 do CPC atribuiu que: “é admissível ação monitoria em face da Fazenda Pública”, ratificando o posicionamento da Súmula nº 339 do mesmo Tribunal, de que: “é cabível ação monitoria contra a Fazenda Pública”, todavia a conversão em título judicial não se procede de imediato, tendo em vista o respeito a dinâmica processual de incidência ou não do reexame necessário, “que pela letra da lei é condição impeditiva da geração de efeitos da sentença proferida nas condições previstas pelo dispositivo legal mencionado” (NEVES, 2016, p. 1544).

De maior proeminência, é a possibilidade de cabimento desta em sentido contrário, ou seja, quando quem poderá ajuizar a mesma é o próprio Poder Público, de início causa estranheza, ratificada pela sua inexistência legal, uma vez que a Administração dos entes políticos pode por si só constituir, ato estritamente de função pública, em títulos extrajudiciais os seus respectivos créditos, lastreados na dívida ativa, porém, é pertinente o raciocínio do uso da monitoria para créditos decorrentes de obrigações de cunho estritamente privado, sem poder de império da Administração.

Diante disso, resulta evidente que, para as obrigações de entrega, a Fazenda Pública pode fazer uso do procedimento monitorio. De igual modo, para forçar o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a Fazenda Pública pode valer-se da ação de procedimento especial monitorio. Relativamente aos créditos pecuniários “não fiscais (decorrentes da atividade privada exercida pela Fazenda Pública), por não estarem sujeitos à inscrição em dívida ativa, podem ser postulados em procedimento monitorio, desde que, por óbvio, estejam identificados em prova escrita sem eficácia de título executivo judicial. (CUNHA, 2020, p. 552-553)

Em razão disso, é que o atual contexto processual emprega maior relevância aos ensinamentos doutrinários precursores da formação interpretativa das formas, limites e fins dos institutos concernentes ao processo, sejam àqueles que foram concebidos ou apenas remodelados quanto ao seu emprego.

2.2 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA

A relevante novidade da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada de caráter antecedente forma, juntamente com o procedimento especial da ação monitoria, anteriormente explicitado, um verdadeiro diálogo processual da técnica monitoria, ao redor da atitude de impugnação *lato sensu*, fruto do contraditório e da angularização da relação processual, a ser tomada pelo requerido, no caso legal, a interposição de recurso, que uma vez não intentado, provoca a estabilização de tal tutela provisória; desta forma, há obtenção de decisão de cunho definitivo em cognição sumária e resolução da demanda sem julgamento de mérito.

A estabilização da tutela precoce ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há, obviamente, não há resolução do mérito quanto ao pedido definitivo - até porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido sequer foi formulado. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2020, p. 738)

O Código de Processo Civil na sua exposição de motivos, que será explorada em capítulo próprio, preza, entre outros objetivos, pelo maior grau de organicidade do sistema, imprimindo-lhe mais coesão, com propósito de uma maior eficiência e satisfação prática, por interferência da máxima flexibilidade da tutela jurisdicional, assim, “o princípio da adequação não se refere apenas à estruturação do procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento **é apenas uma forma de encarar esse fenômeno**” (DIDIER JÚNIOR, 2020, p. 130).

Assim, houve acurada aferição da sistemática processual dos efeitos da antecipação de tutela, com a previsão, a partir do seu artigo 294, do gênero tutela provisória

dividida em duas espécies: de urgência e de evidência, sendo a primeira subdividida em cautelar ou antecipada (em razão do seu escopo preventivo ou satisfativo), respectivamente.

Na sequência estabeleceu-se as disposições gerais acerca da tutela de urgência, calcada nos critérios autorizadores presentes no *caput* do artigo 300³, e regras da forma incidental de ajuizamento, seja antecipada ou cautelar, além de dois capítulos específicos dedicados ao aspecto antecedente, inicialmente, da tutela antecipada, em seguida, da cautelar; por fim, o prenúncio da inédita tutela de evidência, subsidiada, somente, pela característica da probabilidade do direito e existência de um dos seus requisitos ensejadores.

No caso em apreço, a par de toda a evolução descrita a pouco, instaurou-se debate referente à palavra recurso, presente no art. 304 do CPC, que definiu este instrumento como capaz de obstruir a estabilização da referida tutela provisória, sendo patente a atual divergência entre órgãos jurisdicionais ou não e doutrinadores pátrios, que buscam conferir interpretação baseada na viabilidade processual do próprio instituto, seu relacionamento com o objetivo citado acima e pela deferência ao princípio do contraditório em sua vertente contemporânea, exemplo disso é o enunciado do Fórum Nacional do Poder Público.

43. (art. 304, do CPC/15): Qualquer medida impugnativa apresentada pela Fazenda Pública que controverta o direito sobre o qual se funda a antecipação de tutela concedida em caráter antecedente constitui meio idôneo para impedir a estabilização da demanda, prevista no art. 304 do CPC.

Da mesma forma, diversos estudiosos do tema confirmam que a expressão mais acertada deveria ser impugnação e não apenas recursos, tendo em vista que, outros meios impugnativos diversos destes como o pedido de suspensão, incidente processual de cautelar específica, entre outros, serviriam para obstaculizar a estabilização, bem como a própria contestação, primeiro ato de manifestação,

³ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

no caso de entes públicos, já que em regra não será realizada audiência de conciliação; a par de concepções mais extensivas.

Tenho um entendimento ainda mais amplo, admitindo que qualquer forma de manifestação de inconformismo do réu, ainda que não seja voltado à impugnação da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, é o suficiente para se afastar a estabilização prevista no art. 304 do Novo CPC. O réu pode, por exemplo, peticionar perante o próprio juízo que concedeu a tutela antecipada afirmando que embora não se oponha à tutela antecipada concedida não concorda com a estabilização, e que pretende a continuidade do processo com futura prolação de decisão de mérito fundada em cognição exauriente, passível de formação de coisa julgada material. (NEVES, 2016, p. 452)

Entretanto o atual cenário acerca do instituto é de dissenso no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, intérprete infralegal, tendo em vista que num primeiro momento, em aresto de meados de dezembro de 2018, no REsp nº 1760966/SP, decidiu-se que qualquer meio de impugnação era válido para o não surgimento dos efeitos da estabilização, encampando o raciocínio da doutrina.

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. [...]

3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que «a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo

recurso», a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. (REsp 1760966/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018).

Em seguida, no julgamento do REsp nº 1797365/RS, em outubro de 2019, consignou-se, em sentido contrário, e de forma mais restritiva, que apenas o agravo de instrumento era o meio processual adequado para tal obstaculização, consoante trecho do julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA.

[...]

IV - A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento.

(REsp 1797365/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019).

Embora se destaque o raciocínio de diferenças entre o desiderato dos meios de defesa, seja no procedimento comum, com a contestação, ou de viés recursal como o agravo de instrumento; deve-se compreender o intuito prático da estabilização, que é o de assentar provimento de cognição sumária no cerne da realidade processual em apreço, levando em consideração a conformação inicial

com tal tutela, que em muitos casos corresponde a tutela definitiva, evitando, assim, o assoberbamento do órgão de segunda instância, que julgará diversos agravos de instrumentos simplórios, além de demanda futura específica no prazo de até dois anos, de semblante exauriente, restando por adequado a utilização de contestação ou outras medidas diversas para tal intento.

Em convergência com a temática em debate, é igualmente relevante tecer breve comentário, a respeito da atual concepção, mérito da nova essência do vigente CPC, de tornar o procedimento maleável no intuito da real adequação da tutela jurisdicional, consubstanciando a previsão de estabilização da decisão de saneamento, que no código anterior tinha percepção diminuta, mas que sempre fora ato da mais acentuada importância na organização da demanda, elucidando as pendências processuais, orientando o comportamento posterior dos sujeitos no processo, além de contribuir de forma decisiva para o deslinde da questão.

Ciente disto, o CPC atual elevou a necessidade da atividade saneadora, ampliando as opções de realização desta, assim trouxe a lume no artigo 357, § 2º⁴, a forma consensual e no § 3º⁵, o modo compartilhado; ademais, franqueou, com subsídio no contraditório pleno, o direito das partes requererem adequações na feição tradicional, em que o magistrado efetua individualmente tal ordenação processual, anunciando o § 1º⁶ do citado artigo, que após essas providências incorpora-se à decisão o atributo da estabilidade.

A decisão de saneamento, que *prepara* o processo para a fase de instrução, pode ser retrucada pela parte, não através da interposição do recurso de agravo de instrumento, mas da solicitação de esclarecimentos ou de ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável (§ 1.º do art. 357). (MONTENEGRO FILHO, 2018, p. 186)

Portanto, a flexibilização do procedimento comum é medida que se impõe, uma vez que favorece a adequação aos anseios da causa discutida, a fim de dar azo a uma tutela analítica, compatível e efetiva, cingida aos princípios da duração

razoável do processo (artigo 4º) e da isonomia processual (artigo 7º).

3 OBJETIVOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A atual disciplina teleológica do código processual civil, orienta-se, inicialmente, pelas proposições da sua exposição de motivos, carta de intenções de seus membros signatários, a fim de submeter à consideração congressual a redação prévia do projeto de ato normativo em espeque, que estabeleceu cinco objetivos que moldaram a concepção dos trabalhos da comissão de estudos ao anteprojeto e, conseqüentemente, o próprio CPC.

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, 2015, p. 26)

O primeiro grande objetivo tem como mérito a aproximação das normas processuais aos princípios constitucionais relacionados, no sentido de que “seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 82), posto que, o limiar do CPC trata das normas fundamentais do processo civil, mesclando, acertadamente, regras, já tradicionais como as de iniciativa e impulso oficial, ou mesmo inéditas, como a de ordem cronológica de conclusão, com postulados principiológicos, entre eles, o da inafastabilidade de acesso à justiça, da primazia de julgamento de mérito, boa-fé processual, cooperação e celeridade.

Do mesmo modo, apresenta-se a essencialidade do segundo critério, centrado basicamente na primazia do procedimento comum, mas fortemente moldável as peculiaridades da lide específica em discussão, por exemplo, na dilação de

prazos processuais ou na reordenação da produção probatória (artigo 139, VI), bem como pela nova perspectiva e distribuição de procedimentos especiais, como o da ação monitoria, analisada neste, com clara vocação processual de privilégio à concreção efetiva da tutela jurisdicional, todavia sem prejuízo aos demais valores mais caros ao devido processo legal, como o contraditório.

Quanto ao propósito de simplificação dos subsistemas processuais, com ênfase ao recursal, com pertinência a extinção do agravo retido, estabelecendo a dinâmica da arguição em preliminar de apelação (artigo 1.009, § 1º) às matérias não acobertadas pela utilização restrita das hipóteses do agravo de instrumento (artigo 1.015); nesta senda, também definiu-se uma mais adequada e técnica gestão judicial da acertada nomenclatura das tutelas provisórias, concertando conceitos, requisitos e efeitos da sua variada tipologia, conforme visto em capítulo anterior, atenuando os efeitos deletérios do formalismo procedimental.

O processo do Estado Democrático de Direito valoriza a cooperação, o espaço para o contraditório e as “formas finalísticas”, subordinadas às finalidades processuais, além da atuação dos sujeitos processuais com lealdade e boa-fé. As prescrições formais devem ser interpretadas conforme finalidade e sentido razoáveis, evitando-se exageros, de modo que a forma não se sobreponha à tutela do direito material. Instituiu-se o denominado formalismo valorativo, em que não se abandona a forma processual, até porque esta é fundamental para os fins do processo, mas passa-se a compreender a forma não pela forma, mas como tutela dos direitos fundamentais. (MENDES; SILVA, 2019, p. 29)

Em sequência, preconizou-se a meta de máximo rendimento de cada processo em si, transformando o julgamento de mérito em regra, em detrimento de obstáculos evitados de puro apego desarrazoado à forma do ato processual, com ênfase na mudança de conceito e efeitos, pela não manutenção do termo condições da ação, promovendo a impossibilidade jurídica do pedido a uma improcedência do direito e relegando o interesse de agir e a legitimidade à classe dos pressupostos processuais, a par de discussões doutrinárias acerca de sua

amplitude⁷; no mesmo sentido foi a percepção de interlocução processual no julgamento de admissibilidade de Recurso Extraordinário e Especial, quando a questão afetar matéria constitucional ou não em relação a estes⁸.

Por derradeiro, visualiza-se o grau mais elevado de organicidade do código em relação ao seu antecessor, pelo fato de sua coesão lógica e textual, dividido em parte geral e especial, a primeira normatizou os princípios fundamentais, fixou as bases do processo como: jurisdição, ação, competência, sujeitos processuais, além de redefinir os institutos da intervenção de terceiros, o valor da causa, a tutela provisória, entre outros, bem como a disciplina dos atos processuais e da formação, suspensão e extinção do processo.

A parte especial definitivamente uniu o processo de conhecimento ao seu respectivo cumprimento de sentença, acomodou novos e antigos procedimentos especiais e rearranjou a execução autônoma, afora a ampliação conceitual e prática do sistema de meios de impugnação das decisões judiciais, subdividindo-se em: recursos, ações autônomas de impugnação e sucedâneos recursais, “sendo a análise comparativa entre eles realizada de forma residual” (NEVES, 2016, p. 1430).

Precisamente, mostra-se fundamental sempre atrelar a norma jurídica, ainda mais quando de tamanha relevância, aos propósitos de sua feita e concreção, tendo em vista seu olhar voltado tanto para a legislação pregressa, como para sua evolução ulterior; tão logo, a presente temática mostra-se participe das repercussões teóricas e práticas deste, sem contudo, ser infensa a críticas e

7 Consoante artigo de Leonardo Carneiro da Cunha, baseado na opinião de Fredie Didier Jr., ao ir além, sustenta que apenas a legitimidade extraordinária é pressuposto, sendo a ordinária, juízo de mérito, posto que a negativa de titularidade do direito é a própria improcedência deste.

8 Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

adequações, desde que expressadas no intuito de contribuir para melhor utilização dos institutos e instrumentos processuais, marca de uma sociedade democrática e consciente da cultura jurídica de seu país.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, amparado nesta breve exposição, com base em conceitos e argumentos doutrinários contemporâneos, é possível observar que o atual CPC, formulou três grandes particularidades finalísticas, cada uma delas em estágios distintos de concretização, que perfazem a tônica de ampliação teórica, prática e social do processo civil brasileiro, a primeira, almejou o apego irrestrito a melhor técnica, em seguida, prezou-se por uma maior efetivação da tutela jurisdicional compatível a lide, e por último, visou uma maior repercussão social da sua importância no cotidiano nacional.

O primeiro critério é facilmente percebido, tendo em vista o emprego qualitativo de uma boa redação final do texto e melhor emprego técnico dos institutos processuais, pela atividade criadora ou mesmo modernizadora, como nos casos da origem do negócio processual, da sistematização da tutela provisória, do reposicionamento do reexame necessário, e no caso do assunto em debate, da ampliação da dinâmica monitoria, entre outras.

Lodo depois, destaca-se o aspecto prático de exteriorização dos desígnios processuais, proporcionando uma adequação pontual e sensível, primeiro no procedimento, em seguida este propõe as balizas formatadoras da sua respectiva tutela, concatenando as necessidades da perspectiva fática e ao seu produto final, o provimento jurisdicional, assim, emerge a unificação flexível do procedimento, o maior relevo à fase saneadora, a nova indumentária do conteúdo da sentença, etc.

Por fim, apresentou-se a ascensão do dinamismo constitucional, por intermédio da função social do processo, superando o aspecto formalista e hermético deste, por uma nova rotina polissêmica da feitura judicial de atos que o compõe, seja por meio da incorporação do *amicus curiae*, da melhor contextualização da

gratuidade de justiça, da valorização do sistema multiportas, ou mesmo pela definição de rito próprio às questões familiares e outras.

Entretanto, tais vertentes, como mencionado, apresentam descompasso de execução, já que a preservação do seu aspecto técnico, foi implantado de imediato, principalmente com ênfoque entre sua publicação e vigência; o seu caráter prático tem sido permanentemente contemplado, como no caso presente da prestação remota do serviço jurisdicional; porém, seu atributo social ainda deve trilhar um longo percurso para sua completa satisfação, sobremaneira, pelo fosso cultural entre práticas jurídicas.

Deste modo, os fatores expostos somente se perpetuarão no ideário dos jurisdicionados, com a escorreita aplicação dos seus atributos por parte do Poder Judiciário e suas funções essenciais à justiça, com maior relevo à advocacia, seja ela pública ou privada, cabendo a esta zelar pela permanente existência normativa do mais bem elaborado código de processo civil, em atenção às suas particularidades, todavia tal subsistência deve ser sempre condicionada aos efeitos do tempo e das relações sociais vindouras.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Exposição de Motivos.** Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf/htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BONATO, Giovanni. **A Estabilização da Tutela Antecipada de Urgência no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (Uma Comparação entre Brasil, França e Itália).** Revista de Processo, São Paulo, vol. 273, ano 42, p. 191-253, nov. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** vol. 1. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Leonardo Carneiro da Cunha, 2018. **Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara.** Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/publicacoes/sera-o-fim-da-categoria-condicoes-da-acao-uma-intromissao-no-debate-travado-entre-fredie-didier-jr-e-alexandre-freitas-camara/htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento.** vol. 1. 22ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada, Processo Estrutural e Tutela Provisória**. vol. 2. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil: Temas inéditos, mudanças e supressões**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 14 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves De Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **A Tutela Provisória no Ordenamento Jurídico Brasileiro: A Nova Sistemática Estabelecida pelo CPC/2015 Comparada às Previsões do CPC/1973**, In: Grandes Temas do Novo CPC: Tutela Provisória. vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

197 - 216

Artigo

**A LEI ANGOLANA SOBRE TRANSPLANTE DE CÉLULAS,
TECIDOS E ÓRGÃOS: UMA BREVE APRESENTAÇÃO**

ARMINDO JELEMBI

A LEI ANGOLANA SOBRE TRANSPLANTE DE CÉLULAS, TECIDOS E ÓRGÃOS: UMA BREVE APRESENTAÇÃO

THE ANGOLAN LAW ABOUT TISSUE, CELL AND ORGANS TRANSPLANTATION: A BRIEF STUDY

ARMINDO JELEMBI

Professor Doutor da faculdade de direito da Universidade José Eduardo dos Santos – Huambo - Angola. Advogado. Presidente da ALDIS – Associação Lusófona de Direito da Saúde

RESUMO: Não é conhecida em Angola a realização de qualquer operação médica que visasse o transplante de células, tecidos ou órgãos. No entanto, a importância terapêutica para a saúde das pessoas do implante ou enxertia de tecidos, do uso de células e tecidos humanos, bem como do próprio transplante de órgãos, têm um reflexo na integridade física e psico-emocional das pessoas tal, que o direito não pode ficar-lhes alheio. Assim, pretendemos neste artigo fazer referência aos aspetos jurídicos da transplantação, tendo como vetor o respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: transplantação; direito de personalidade; responsabilidade.

ABSTRACT: It is not known in Angola any medical operation aimed at transplanting cells, tissues or organs. However, the therapeutic importance for people's health of the implantation or grafting of tissues, the use of human cells and tissues, as well as the organ transplant itself, have an impact on the physical and psycho-emotional integrity of people such that the Law cannot overlook them. Thus, we intend in this article to refer to the legal aspects of transplantation, having as a vector the respect for the principle of human dignity.

Keywords: transplantation; personality right; responsibility.

1 INTRODUÇÃO

Em Angola não existe registo de ter ocorrido qualquer cirurgia com vista ao transplante de células, tecidos ou órgãos, pelo que não podemos dizer que existe tradição desta prática. Aliás, a falta de infraestruturas médicas e de especialistas nas áreas desta intervenção desaconselha a realização deste tipo complexo de operação médica. Conjuntamente com esta dificuldade, acresce o facto de que a segurança do doente constitui princípio basilar para assegurar o êxito do transplante e para a qualidade da sua recuperação e continuidade da vida, devendo, para isso, os profissionais de saúde terem uma atitude eticamente comprometida com os valores da vida, definindo e informando o paciente do nível de risco da operação. O resultado desta constatação faz do nosso país um espaço de “exportação” de doentes, causando despesas monetárias com significativo encargo para o orçamento do Estado.

A Lei nº 20/19, de 20 de setembro, veio regular o transplante de células, tecidos e órgãos humanos e, no artigo 1º, sob a epígrafe “objeto”, determina que “a presente lei estabelece as normas relativas à disposição gratuita de células, tecidos e órgãos e partes do corpo humano. Quer em vida como depois da morte, bem como os demais procedimentos com vista à sua transplantação no organismo humano”. O nº 2 do mesmo dispositivo legal dispõe que “a transfusão de sangue e derivados, a doação de óvulos e de esperma, a transferência e a manipulação de embriões, assim como a doação e colheita de células, tecidos e órgãos do corpo humano para efeitos de investigação científica são regulados em legislação especial”.

A transplantação é hoje um procedimento cada vez mais comum. Visando o prolongamento do tempo e da qualidade de vida do recetor, muitos cuidados são solicitados, designadamente ao nível de biovigilância, da capacidade infraestrutural e técnico-científica dos profissionais, até aos limites ético-formais. Neste último campo, vale assinalar que há escassez de células, tecidos e órgãos disponíveis para transplante. Com efeito, quanto mais aumentarem as recomendações para a transplantação e se fortalecerem os níveis de sobrevivência ao enxerto por parte do recetor, tanto mais faltarão as células, tecidos e órgãos para o transplante, começando a assistir-se à intervenção do poder financeiro e, conforme Gonçalves (2008, p. 81) “cumpre reconhecer que toda a vez que o dinheiro entre em cena – sobretudo em um domínio eminentemente ético – uma certa carga negativa o acompanha”.

A transplantação, no entanto, é uma nobre conquista da ciência, e veio, de forma indelével, aumentar os benefícios já existentes para a saúde e o bem-estar da humanidade.

2 DEFINIÇÃO E ESPÉCIES DE TRANSPLANTE

A definição acabada de ser citada oferece, no seu art. 3º, um conjunto de definições para efeitos de interpretação e aplicação da referida lei. Assim, na al. m), define transplante como a “substituição, com fins terapêuticos de células, tecidos e órgãos, derivados ou material anatómico, por outros, provenientes de um ser humano dador, vivo ou morto”.

Na ciência, a palavra “transplante” ou “transplantação” deve a sua origem à Botânica, nomeadamente ao ato através do qual se retira uma espécie vegetal de um lugar e se planta noutro, ou seja, transplantar. A ciência médica, mais propriamente a imunologia, adotou o conceito, passando a transplantação a significar o ato de colheita de células, tecidos ou órgãos de um indivíduo – o dador – e a sua implantação noutro – o recetor. Um transplante é a transferência de células, tecidos ou órgãos (ou um enxerto deles) de um indivíduo – dador – para outro – recetor – ou de uma zona do corpo para outro do mesmo indivíduo, por forma a restabelecer uma função perdida, ou até mesmo para que o indivíduo se mantenha vivo MENESES (2014, p. 105).

Consoante o tipo de objeto e o sujeito do transplante, podemos ensaiar a seguinte classificação, conforme Costa (2017, p. 19):

- a) Transplante homólogo, alogénico ou heteroplástico: é a transplantação de células, tecidos ou órgãos de um indivíduo para outro, dentro da mesma espécie. O dador e o recetor são todos seres humanos; no entanto, não correspondem à mesma pessoa. Nesta classificação podemos encontrar o transplante entre vivos, quando há um transplante de células, tecidos e órgãos de pessoas vivas (também conhecidas por aloplásticas e homoplásticas. Estas podem ainda subdividir-se em simples ou duplo. As “simples” podem ser vitais e não vitais, e as “duplo” também vitais e não vitais; o transplante *post mortem*, é o de uma pessoa falecida para uma pessoa viva. Os exemplos mais correntes que podemos aqui citar são o transplante de rim, de coração, de fígado, de pulmão, de pâncreas, de intestino, de osso, de córnea, de medula óssea e também, ainda que com alguns posicionamentos contrários na doutrina jurídica, a transplantação de órgãos de um ser que não chegou a ter vida, como o feto ou o nado morto, para uma pessoa viva;
- b) Autotransplante, transplante autólogo, autogénico ou autoplástico: quando ocorra a transferência de células e tecidos do mesmo organismo, havendo transferência de um lugar para outro. Aqui, o dador e o recetor são a mesma pessoa. A título meramente exemplificativo, é o que ocorre com a realização de um enxerto de pele retirado da perna para o braço (retalho cutâneo)

e o transplante de células progenitoras hematopoiéticas (aquele tipo de transplante de progenitores de medula óssea);

c) Transplante heterólogo ou xenotransplante: aquele realizado entre indivíduos de espécies diferentes, ou seja, de um animal para um ser humano. O sucesso deste tipo de transplante é efêmero – e aliás, objeto de muita discussão na comunidade científica – com exceção do xenotransplante de tecidos que goza de relativos resultados positivos, designadamente na transplantação de tecidos de válvulas de coração de porco para os humanos, utilizada na terapêutica da patologia valvular cardíaca.

3 DIREITOS DE PERSONALIDADE

No quadro dos direitos de personalidade, devemos assentar o nosso discurso metodológico e prático argumentativo no princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio aponta as diretrizes teleológicas e axiológicas para fundamentar e limitar o transplante de células, tecidos e órgãos. A dignidade da pessoa humana deve ser entendida como a ideia justificativa do valor da personalidade física e espiritual com tutela na ordem jurídica através do art. 70º do CC (FRADA, 2020, p. 867).

Assim, os direitos de personalidade constituem um farol a ser seguido por quem quiser realizar transplante, devendo limitar-se ao propósito de curar doenças, deixando intactas as qualidades inatas do ser humano. Para tal, devemos manter aceso o galardão da medicina hodierna, relativo à Bioética e ao Direito Biomédico (hoje também a Biotecnologia e a Inteligência Artificial), que visa a preservação da dignidade humana através da aplicação de princípios e valores morais às condutas dos vários profissionais que intervêm na atividade médica e de saúde.

Não um qualquer meio ou fim, mas aquele assente na indestrutível dignidade da pessoa humana, que coloca a ciência ao serviço do homem sem qualquer ideário transhumanista, que procura todos e quaisquer meios para atingir fins eugénicos

de apuramento da espécie humana (BASTROM, 2002, p. 7)¹, ou de clonagem reprodutiva de seres humanos que, a curto prazo, possa tornar o homem dependente dos avanços da ciência e da tecnologia (SANTOS; PEREIRA, 2019, p. 101).

O que deve ser considerado atualmente é que a função principal do transplante é terapêutica segura e eficaz para o tratamento de várias doenças. Visa a melhoria da qualidade e da perspetiva de vida. Utilizando modernas técnicas cirúrgicas e desenvolvidos sistemas de imunossuppressores e compressão imunológica da compatibilidade e rejeição, a técnica de transplante deu um salto, deixando de ser objeto de tratamento experimental e passando a definir-se como procedimento eficaz e de segurança sobre a possibilidade de falência de algumas células e tecidos, e de insuficiências terminais de alguns órgãos.

O transplante de células, tecidos e órgãos humanos não deve alterar o que é a essência humana, radicada na sua *dignitas*, como categoria axiológica, como valor (supremo da humanidade!), de sorte que a realização do homem, afirmado como pessoa, não deve ser objeto de modificação genética, mas deve manter a sua dimensão única, singular e irrepitível, o que só será possível se não se “basta com a pressuposição ontológica ou onto-antropológica, exigindo-se o salto para uma dimensão onto-axiológica” (BARBOSA, 2021, p. 31). Daí que a doação de células, tecidos e órgãos humanos deva ser considerada “um ato humanitário de intrínseco valor ético”.

A nossa lei que regula o transplante determina no art. 8º a admissibilidade de colheita para o transplante, e que para cada hospital onde se vier a realizar a colheita de enxertos deve ser criada, pelo órgão de coordenação e supervisão homologado pelo departamento ministerial responsável pelo setor da saúde, uma comissão de ética para a saúde. Esta comissão deve ser supervisionada pelo conselho nacional de bioética (que ainda não temos), os quais em conjunto devem emitir pareceres vinculativos em caso de dádiva e colheita em vida de órgão, tecido e células para fins terapêuticos e de transplante.

1 Ainda do mesmo autor, “Human Genetic Enhancements: A Transhumanist Perspective”, *Journal of Value Inquiry*, Forthcoming, 2003.

Para a recolha e distribuição de células, tecidos e órgãos para transplante, é criado um órgão de coordenação e supervisão de transplante responsável por todo o processo – art. 4º. Igualmente, é criado um registo nacional de dadores – art. 5º - bem como um registo nacional de candidatos a recetores para o transplante – art. 6º. Recolhida a informação por estes dois bancos de registo, é proibido revelar a identidade do dador e do receptor, salvo consentimento expresso dos mesmos.

Por isso, gozam do dever de confidencialidade – art. 9º. Como consequência de uma das características dos direitos de personalidade, a doação de células, tecidos e órgãos para fins terapêuticos ou de transplante deve ser gratuita – art. 10º. Pensamos que o legislador angolano, no estabelecimento das normas de organização e procedimentos sobre transplante, fez vincar algumas das características dos direitos de personalidade, a sua inalienabilidade e a sua “autodeterminação ético-existencial” (OLIVEIRA, 2007, p. 17). Constitui uma fortaleza a consideração de que é eticamente inadmissível a venda de células, tecidos e órgãos, pois que (MENESES, 2014, p. 121):

- a) Não sendo o corpo um objeto, e porque dotado de individualidade, constituindo um “corpo-pessoa”, o enxerto de partes do corpo deve ter em consideração, em primeiro lugar, o princípio da intangibilidade corporal e, em segundo lugar, o princípio da totalidade, em que a parte a ser enxertada do corpo deve ser avaliada de acordo com o “corpo todo”;
- b) Contraria o conceito de doação como ato solidário e altruísta, violando o princípio da beneficência;
- c) Com a existência de pressão financeira, não há um ato voluntário e livre, reconduzindo-se a incumprimento o “princípio da autodeterminação bioética” (OLIVEIRA, 2007, pág. 17);
- d) Não é possível sopesar proporcionalmente os riscos/prejuízos e os benefícios, pois está em causa o lucro e não a solidariedade.

O art. 23º estabeleceu a proibição de anúncios, através dos meios de comunicação social, fazendo apelo ao público para doação de tecidos ou órgãos a determinada

pessoa, exceto nos casos de transfusão de sangue ou nos casos de transplante de medula óssea, salvaguardando-se o anonimato do recetor ou o apelo público para arrecadação de fundos para o financiamento de transplante de determinada pessoa.

4 DOAÇÃO POST MORTEM DE CÉLULAS, TECIDOS E ÓRGÃOS

O Capítulo III da lei nº 20/19 regula a colheita e transplante de tecidos e órgãos humanos depois da morte. Os critérios e regras de semiologia médico-legal para a verificação da morte cerebral ainda não estão definidos em Angola, apesar de a lei em referência atribuir competência para definir tais critérios e regras ao titular do poder executivo (o Presidente da República) ou a quem delegar, sob proposta da Ordem dos Médicos de Angola – art. 14º. O mesmo preceito proíbe a integração do médico na equipa de transplante, se esteve presente na verificação da morte.

A lei fala apenas em critério de verificação de morte cerebral, mas impõem-se as seguintes perguntas difíceis: o que é a morte? Se quem morre é porque viveu, então o que é uma pessoa? Começemos por responder à primeira inquietação. O conceito de morte é um conceito de valor, ensina OLIVEIRA (2016, p. 47). Para o direito, a morte tem de ter por diretriz um critério jurídico. Em Angola, não é conhecida uma lei que ofereça tais critérios, ao contrário, por exemplo, da terra de Camões, onde a Lei nº 141/99, de 28 de agosto, no art. 2º dispõe que “a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”.

A lei está a estabelecer uma conexão de dependência da personalidade às funções globais do cérebro, ou seja, a pessoa humana deixa de ser pessoa em sentido jurídico a partir do momento em que se regista a “falência completa e irreversível da função global do cérebro” (OLIVEIRA, 2016, p. 49).

Esse posicionamento não tem obtido a concordância de todos os setores da doutrina, havendo quem defenda que, em homenagem ao facto do carácter absoluto dos direitos de personalidade/vida, seria sempre exigível que o conceito de morte contivesse no seu conteúdo funcional/operativo “a ‘falência’ completa do

organismo humano no conjunto dos seus órgãos e funções”, pelo que a cessação da função global do cérebro de forma completa e irreversível seria apenas uma fase do processo terminal da vida da pessoa (OLIVEIRA, 2016, p. 50).

Já a resposta à segunda pergunta impõe uma prévia observação: só podemos falar da pessoa humana ligando-a ao conceito de vida, e esta, porque falamos de conceitos jurídicos, ligada à personalidade. Assim, a nossa ordem jurídica é expressiva quando, no art. 66º, nº 1 do CC, determina que “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”, pelo que derradeiramente podemos concluir que o momento decisivo a partir do qual a vida humana goza de tutela e daí passa a ser um centro autónomo de imputação de normas jurídicas é o nascimento completo e com vida (CORDEIRO, 2001, p. 437).

A Constituição da República de Angola, no art. 30º dispõe que “o Estado respeita e protege a vida humana, que é inviolável”. Daqui duas consequências se podem retirar: a primeira é que a vida, melhor, “o direito à vida é o direito à conservação da vida”, compreendido como a existência biológica; ou também, “o direito à vida assegura a preservação das funções vitais do organismo” (PEREIRA, 2015, p. 158). Em segundo lugar, só com base na existência desta vida, cuja continuidade deve ser assegurada, é que os direitos de personalidade existem. Com efeito, a personalidade jurídica deve ser entendida em duas vertentes: uma primeira, aqui considerada no sentido existencial do próprio ser humano, visto como valor fundamental da ordem jurídica angolana; nesta qualidade se revela o princípio da dignidade da pessoa humana, que estabelece como resultado natural de efeitos jurídicos a possibilidade de a *pessoa viva* ser sujeito de direitos e deveres, como segunda vertente.

Voltemos à lei do transplante e ao transplante *post mortem*. A remoção dos tecidos, órgãos ou partes do corpo humano depois da morte para efeitos de transplante, deve ser realizada em estabelecimento e centro hospitalar público ou privado autorizado pelo Ministério da Saúde, ouvido o órgão de coordenação e supervisão da transplantação – art. 15º, nº 1, *ex vi* art. 7º. Esta medida legal visa assegurar que operações médicas deste nível de complexidade e risco se realizem

em estabelecimentos hospitalares que assegurem condições infraestruturais, técnicas e humanas especializadas, o que quer dizer que os serviços e as instalações hospitalares destinados à realização da colheita, transplante ou enxerto de células, tecidos e órgãos devem atender às exigências normativas nacionais e àquelas que a OMS² emitir. Para o seu funcionamento, carecem de autorização emitida pela entidade oficial competente.

Outra imposição legal é a que obriga o médico que realize a colheita de tecidos e órgãos a lavrar um auto cujo conteúdo deve conter a identificação do falecido, os tecidos e órgãos colhidos e o destino dado aos mesmos – nº 2 –, sendo permitida a presença do médico de confiança da família do falecido no ato da colheita de tecidos e órgãos – nº 3. Primeiro, deve assegurar que não foram retirados células, tecidos ou órgãos que não estavam abrangidos pelo consentimento do dador ou por seus familiares ou tutores, ou que não ocorreram mutilações. Também serve o auto para confirmar que o dador é aquele registado no cadastro nacional de dadores, e não outro. A presença de médico de confiança da família do cadáver dador é corolário do princípio anteriormente referido, ou seja, da observação presencial do cumprimento das exigências do conteúdo do auto a ser lavrado pelo médico que realiza a colheita.

A regra de ouro para a doação *post mortem* é o consentimento informado, assente no princípio da autonomia. Este princípio faculta às pessoas estabelecerem uma relação com o seu corpo, permitindo destiná-lo depois da morte. O já referido princípio da autodeterminação ético-existencial justifica que as pessoas, através da sua liberdade de agir e de decidir conforme as suas convicções, consintam ou não que, depois da morte, do seu corpo inanimado possam ser extraídos tecidos ou órgãos. Exigindo a lei a existência de um registo nacional de dadores, entende-se que o modelo do consentimento informado exige uma declaração prévia, que corresponde a expressão jurídica da vontade do doador com eficácia *post mortem*. O consentimento *ad futurum* tem as suas complexidades, pois,

2 A título meramente exemplificativo, a Organização Mundial de Saúde, através do seu Comité Regional, integrado na Organização Pan-Americana da Saúde, emitiu Diretrizes Para Uma Política De Doação E Transplante De Órgãos Humanos de 28 de setembro a 2 de outubro de 2009, no 49º Conselho Diretor da 61ª Sessão do Comité Regional, realizado em Washington, D.C., EUA.

como é natural, o cadáver já nada pode verificar para controlar o consentimento prestado, de tal maneira que, deve ser prestado de forma concreta, “tendo em vista situações determinadas” (GONÇALVES; SANTOS, 2022, p. 556).

O art. 16º, nº 1 determina que “os angolanos, os apátridas e os estrangeiros residentes em Angola, salvo manifestação de vontade expressa em contrário, são potenciais dadores, depois de declarada a morte cerebral, desde que constem do registo nacional de dadores, ou se houver manifestado vontade da família”. Os sujeitos dadores referidos podem, em vida, expressamente definir as células, tecidos e órgãos que pretendem doar – nº 2. Caso o cadáver de onde serão removidas as células, tecidos e órgãos seja de menores ou incapazes, a prévia autorização é feita pelos pais, tutores ou parentes – art. 17º.

O princípio da autonomia privada alicerçada na dignidade da pessoa humana permite duas formas de manifestação de vontade sobre o destino a dar ao seu corpo ou partes dele depois da morte. Uma em que a pessoa falecida autoriza a colheita de células, tecidos e órgãos para transplante, tornando-a lícita, e sendo designada *consentimento*; se o falecido nada tiver dito, o silêncio tem valor negativo, não podendo ser realizada a colheita. Outra em que, pelo contrário, não autoriza a colheita, tornando-a ilícita se ocorrer a colheita, sendo designada pela doutrina *dissentimento* ou *oposição* (OLIVEIRA, 2016, p. 53).

Há outras situações em que é proibida a remoção de células, tecidos e órgãos. O art. 18º dispõe que é proibida:

- a) A remoção de células, tecidos e órgãos de cadáveres cuja morte tenha ocorrido sem assistência médica ou óbito por causa não definida;
- b) A remoção de células, tecidos e órgãos de cadáveres não identificados;
- c) A remoção de células, tecidos e órgãos de cadáveres de menores ou incapazes, quando não haja autorização dos pais, parentes ou tutores.

As proibições constantes das alíneas *a)* e *b)* dizem respeito à proteção da saúde pública. O desconhecimento das causas da morte coloca as equipas médicas

numa situação de ignorância sobre a causa da morte. O mesmo acontece com cadáveres não identificados. Ainda que seja feita autópsia, nada assegura que as células, tecidos e órgãos estejam em condições de sanidade para o transplante.

Para Angola avançar no processo de transplante, será importante a introdução de regras de biovigilância, para a tomada de cuidados de saúde e segurança dos doadores e recetores de células, tecidos e órgãos humanos, através de ações de controle e acompanhamento das atividades relativas aos processos de colheita para transplante e terapêutica. Ora, a rejeição de cadáveres cuja causa de morte é desconhecida, ou não seja identificável, clama por um instrumento capaz de gerir os riscos, estabelecer padrões de melhoria da segurança e qualidade dos procedimentos e processos usados na colheita, transplante e terapêutica. A alínea c) tem a ver com a problemática do consentimento, do suprimento das incapacidades.

Outra proibição legal é a relativa às mutilações. Determina o art. 19º, nº 1 que, “durante a remoção de células, tecidos e órgãos deve-se evitar as mutilações ou dissecações dispensáveis, que podem prejudicar a realização da autópsia, se ela tiver lugar após a remoção”, devendo “os restos mortais” serem “condignamente recompostos e entregues aos parentes para serem sepultados” – nº 2.

5 DOAÇÃO *INTER VIVOS* DE CÉLULAS, TECIDOS E ÓRGÃOS

As regras de doação entre pessoas vivas têm algumas semelhanças com a doação *post mortem*, mas também existem dissemelhanças. Obviamente, o dador vivo das células, tecidos ou órgãos deve ser uma pessoa saudável que, com sentido puramente altruísta, se predispõe a correr determinados riscos, constituindo ofensas típicas à sua integridade física cuja ilicitude só pode ser afastada através da manifestação de consentimento esclarecido. Já do lado do beneficiário/recetor, devido à sua situação de doente, está numa posição de expectativa de que, existindo um dador, este venha a ser compatível e que a intervenção desejada venha a ser um sucesso, constituindo intervenções cirúrgicas não compagináveis com a ideia de agressão à integridade física (GONÇALVES, 2008, p. 76).

Este tipo de doação vem regulada no Capítulo II. Determina o art. 11º que só é autorizada, como princípio geral, a colheita em vida de substâncias regeneráveis, mas excepcionalmente poderá ocorrer doação de enxertos não regeneráveis quando, entre doador e recetor existir uma relação de parentesco até ao segundo grau da linha direta, ou do segundo grau da linha colateral, de casamento ou de união de facto reconhecida. Em vida dos menores, só poderão doar substâncias regeneráveis desde que o recetor seja irmão ou irmã do dador. A lei proíbe a extração e transplante total de órgãos únicos ou vitais, cuja separação possa causar a morte, a incapacidade física e/ou mental total e permanente, ou que provoque a mutilação ou deformação inaceitável do dador.

Há determinadas obrigações dirigidas aos médicos e aos dadores. Aos médicos, conforme art. 12º, nº 1, a quem esteja incumbida a tarefa de efetuar o transplante deve explicar detalhadamente ao dador e ao recetor os riscos que implicam a operação e as suas sequelas. Já o dador – nº 2 – deve dar o seu consentimento por escrito e, se for menor, com capacidade de entendimento e manifestação de vontade, o consentimento é dado cumulativamente pelo mesmo e pelos pais ou tutor. Caso haja desentendimento entre os progenitores, o consentimento depende de uma autorização judicial – nº 3. Os inabilitados só podem proceder à doação mediante autorização judicial, e desde que não haja oposição dos mesmos – art. 4. O consentimento referido pode ser revogado, pelo dador, a qualquer momento – nº 5. No ato do consentimento, o dador deve especificar expressamente as células, tecidos ou órgãos que vai doar – nº 6.

O consentimento é, para estes efeitos, um princípio de nível internacional. A Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina contém alguns princípios, entre eles o princípio da obrigatoriedade do consentimento por escrito ou diante de uma instância oficial. Angola, infelizmente, não ratificou este importante instrumento de direito internacional. O consentimento implica antes de mais, e como já foi referido, que o dador exerça a sua autonomia sem constrangimentos, e o médico deve respeitar a liberdade de autodeterminação do dador, pelo que a doação deve ser livre e espontânea, sem vícios de vontade, expressa por escrito, após o dador ter sido devidamente informado pormenorizadamente sobre os

riscos e efeitos secundários, bem como a informação sobre a possibilidade de o procedimento fracassar (PEREIRA, 2015, p. 563).

O dador em vida deve reunir determinados requisitos que a lei – art. 13º – tipifica:

- a) Ser maior de idade, exceto se dador e recetor forem irmãos;
- b) Apresentar um relatório médico atualizado e favorável, sobre o seu estado de saúde, incluindo o mental;
- c) Ter compatibilidade com o recetor, de acordo com os exames médicos efetuados, podendo estes ser atualizados até à data da extração, e podendo também ser revogados a qualquer momento – nº 2 do mesmo artigo;
- d) Ter recebido informação detalhada e completa sobre os riscos da operação, suas eventuais consequências, assim como as probabilidades de êxito do recetor;
- e) Ter expressado por escrito e na presença de duas testemunhas, de forma voluntária e sem qualquer tipo de coação, a sua total disponibilidade de doar as células, tecidos e órgãos;
- f) Estar inscrito no registo nacional de dadores.

A doação não faz emergir nenhum direito subjetivo do dador em relação ao recetor – nº 3 – mas dá ao dador direito a assistência médica até ao seu completo restabelecimento e a ser indemnizado pelos eventuais danos sofridos no decurso de processo de extração, independentemente de culpa – nº 4.

Não sendo requisito do próprio para o dador ou para os médicos, mas dirigido ao processo de transplante em si, devemos referir que a transplantação deve ter definida a sua finalidade de forma inequívoca, que será a salvaguarda da vida do recetor (sem descurar a possibilidade para fins investigativos quando consentido neste sentido).

Deve haver uma garantia mínima de que o dador não vai sofrer dano irreparável na sua própria vida e no seu desempenho, pelo que não é permitida a extração de elementos indispensáveis ao normal funcionamento de todo o organismo,

exigindo-se para tal um completo e prévio exame ao seu estado de saúde. É exigível a máxima idoneidade e diferenciação do estabelecimento hospitalar onde ocorre o procedimento, bem como demonstração de capacidade técnico-científica dos profissionais de saúde envolvidos no processo.

6 RESPONSABILIDADE MÉDICA

A lei sobre o transplante de células, tecidos e órgãos humanos, faz referência à responsabilidade penal com algum detalhe. Remete para a legislação penal em vigor a extração e transplante não autorizados – art. 20º -, violando a lei específica que regula a extração e transplante de cadáver humano ou, caso a extração incida contra pessoa viva e resulte designadamente a incapacidade para o trabalho, o perigo de vida, deformidade permanente de membro, sentido ou função, aceleração ou interrupção de parto ou enfermidade incurável. Também pode ser responsabilizada penalmente qualquer pessoa que viole a proibição de venda ou de obtenção de qualquer compensação pela venda de células, tecidos e órgãos do ser humano – art. 21º. Qualquer pessoa que tenha conhecimento das proibições referidas pode denunciar o facto – art. 22º. Caso se trate de autoridade pública ou profissional de saúde, a denuncia é obrigatória – nº 2.

O nosso código penal prevê, no art. 178º, o crime de tráfico de pessoas e, nos nº 2, 3 e 4, trata de tráfico de órgãos ou tecidos. Com efeito, proclama este diploma legal que “quem, mediante violência, rapto ou ameaça grave, arдил ou manobra fraudulenta, com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar ou aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima, oferecer, aceitar, entregar, recrutar ou aliciar, acolher, alojar ou transportar pessoa para fins de exploração de trabalho ou para prosseguir outras formas de exploração, comete o crime de tráfico de pessoas é punido:

[...] 2- Se o fim for a extração de órgãos ou colheita de tecidos humanos, a pena é de 5 a 12 anos de prisão. 3- O tráfico ilícito de órgãos ou tecidos humanos é punido com a pena de prisão de 5 a 12 anos. 4- Se da extração

ou da colheita de tecidos humanos resultar a morte da vítima, a pena será de 20 a 25 anos.

A intervenção médico-cirúrgica realizada sem o consentimento do paciente é punida com pena de prisão até 3 anos ou com a de multa até 360 dias – art. 179º. O fato não é punível se houver consentimento:

- a)* não puder ser obtido ou renovado sem dilação que ponha em risco a vida do paciente ou que implique perigo grave para o seu corpo ou saúde;
- b)* for dado para certa intervenção ou tratamento e acabar por ser realizada intervenção ou tratamento diferentes por estes terem sido considerados, de acordo com os conhecimentos e a experiência da medicina, o meio adequado para evitar um perigo sério para a vida, o corpo ou a saúde do paciente.

Estes tipos de crimes cometidos no âmbito de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias constituem um forte atentado à liberdade, fundamentado pela sistemática do código penal introduzida no capítulo dos crimes contra a liberdade das pessoas. O tráfico de pessoas e as intervenções médico-cirúrgicas não consentidas contrariam o direito de a pessoa dispor sobre o destino do seu corpo (no imediato ou depois da morte), fundado no sistema de direitos fundamentais de ordens constitucionais democráticas que impõe o respeito pela autonomia ética da pessoa.

Apesar de a lei não fazer referência à responsabilidade civil, o seu conteúdo e espírito não fecham a porta a que as pessoas que se sentirem lesadas possam fazer recurso deste importante instituto jurídico. Desde logo porque, mesmo em processo penal, é possível enxertar nele ações cíveis sobre indemnizações. O código de processo penal – art. 75º - declara haver o princípio de adesão, em que “o pedido de indemnização por danos resultantes da prática de um crime é deduzido no processo penal correspondente, só o podendo ser em ação civil intentada no tribunal cível competente nos casos declarados na lei”. É um princípio geral que comporta exceções, mas não vamos aqui abordá-los por não ser objetivo deste escrito.

Do sistema de normas da lei de transplante, há regulação de diversas hipóteses de situações para se afirmar conclusivamente que podem emergir responsabilidade contratual (quando a recolha e transplante se realizam em clínicas privadas autorizadas) e responsabilidade civil adjetiva e objetiva (nas suas mais diversas manifestações).

Creemos poder assumir que o fato de a lei não fazer indicação da responsabilidade civil, não significa que não está implicitamente indicada. Por exemplo, veja-se o art. 7º, nº 2º, norma que exige que os estabelecimentos médicos e centros hospitalares que realizam a extração e transplante de células, tecidos e órgãos disponham de instalações, equipamentos adequados e equipas médico-cirúrgicas especializadas. À falta destes requisitos, e se por faltas deles a extração ou o transplante causar danos ao dador ou ao recetor, implicará certamente responsabilidade do estabelecimento médico ou centro hospitalar por culpa da organização (COSTA, 2018, p. 107)³.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas alíneas em jeito de conclusão: a lei angolana sobre transplante de células, tecidos e órgãos tem um efeito meramente formal e não funcional, uma vez que faltam laboratórios para extração, transplante e biovigilância de material humano. A par destas dificuldades, há que ter em atenção a falta de legislação complementar à Lei nº 20/19, designadamente, e apenas a título de exemplo, a institucionalização de regulamentação de laboratórios de histocompatibilidade, regulamentação sobre o registo nacional de dadores e não dadores, sobre os critérios de morte cerebral, recolha de órgãos para fins de investigação científica, sobre o regime de garantia de qualidade e segurança dos órgãos de origem humana destinados a transplantação no corpo humano, sobre o seguro de vida obrigatório para o dador vivo de órgãos, sobre os incentivos financeiros aos estabelecimentos e centros hospitalares públicos e privados, sobre os termos

³ Ver também, NETO Miguel Kfourri, “Responsabilidade Civil dos Hospitais”, São Paulo: Revista dos Tribunais; SOUSA, Marcelo Rebelo de (1996), “Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL.

em que devem ser autorizadas as unidades de colheita e transplante de células, tecidos e órgãos, bem como a respetiva tramitação e os requisitos que devem instruir os pedidos de autorização das referidas atividades, que regulam os requisitos necessários para a colheita de órgãos em dadores falecidos por diversas causas, sobre um programa nacional de dadores de células, tecidos e órgãos, sobre a criação de banco público de células, tecidos e órgãos, regime jurídico sobre a qualidade e segurança relativa à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de células, tecidos e órgãos, para citar apenas estes.

Os pilares normativos da lei que acabamos de avaliar confirmam o nosso resolutivo argumento sobre a fragilidade institucional, infraestrutural e de regras que a jusante e a montante deveriam constituir o sistema angolano de registo, colheita, armazenamento e transplante de células, tecidos e órgãos, não estando assim asseguradas as condições para que possamos já iniciar o processo de transplante.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Inteligência Artificial**. Coimbra: GestLegal Editora, 2021. .

BOSTROM, Nick. Existential Risks: Analyzing Human Extinction Scenarios and Related Hazards. *Journal of Evolution and Tecnology*, 9. Ainda do mesmo autor, Human Genetic Enhancements: A Transhumanist Perspective. **Journal of Value Inquiry**. Forthcoming, 2003.

COSTA, Daniela Sofia Gomes. **A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil**. Lisboa: Editora Petrony, 2018.

COSTA, Rita Pereira do Nascimento. **Aspectos Jurídicos da Transplantação de Órgãos**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. vol. I, Almedina, Coimbra, 2007.

FRADA, Manuel Carneiro da. Conceito de Dignidade da Pessoa Humana. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Ano 2, p. 867-908, 2020.

GONÇALVES, Carla. **A Responsabilidade Civil Médica: um problema para além da culpa**. Centro Biomédico da Faculdade de Direito da UC. Coimbra: Coimbra Editora, nota nº 133, segundo parágrafo, 2008.

GONÇALVES, Diogo Costa; SANTOS, Diogo Tapada dos. Breves reflexões sobre a livre revogabilidade das limitações a direitos de personalidade e indemnização. **Revista de Responsabilidade**, GesLegal, Ano 4, p. 556, 2022.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENESES, Ramiro Délio Borges de. Transplante de órgãos: orientações axiológico-éticas e jurídicas. **Revista de Bioética Latinoamericana**, vol. 14, p. 105-142, 2014.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Direitos de Personalidade e Responsabilidade Civil no Regime Jurídico do Transplante de Órgãos. **Lex Medicinæ**, Ano 4, nº 8, p. 17, 2007.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Transplantes *post mortem*”, Direito da Saúde. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira**. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (Coord.). vol. 5, Coimbra, Almedina, p. 47-91, 2016.

PEREIRA, André Dias. **Direitos do Pacientes e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 158-159, 2015.

SANTOS, Heloísa G.; PEREIRA, André Dias. **Genética Para Todos**. Lisboa: Editora Gravita, 2019.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização? In: **Direito da Saúde e Bioética**, Lisboa, AAFDL, 1996.

217 - 240

Artigo

**LA RECLAMACIÓN DOLOSA O FRAUDULENTE EN LAS
GARANTÍAS A PRIMERA DEMANDA**

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ-MERCADAL

LA RECLAMACIÓN DOLOSA O FRAUDULENTE EN LAS GARANTÍAS A PRIMERA DEMANDA

A REIVINDICAÇÃO INTENCIONAL OU FRAUDULENTE NA GARANTIAS À PRIMEIRA DEMANDA

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ-MERCADAL

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Especialista en Derecho de Daños. Magíster en Derecho con orientación en Derecho de Daños (Facultad de Derecho, Universidad de la República. Montevideo). Diplomado en Derecho e Innovación (Facultad de Derecho, Universidad de Tucumán). Docente de Derecho Civil II y III (Obligaciones, Contratos y Responsabilidad civil) y Docente de posgrado en las carreras de Especialización y Maestría en Derecho de Daños en la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Montevideo. Miembro del Grupo de Investigación Núcleo de Derecho Civil. Secretario de redacción de Revista Crítica de Derecho Privado. Editorial La Ley Uruguay. martinezmercadal@gmail.com / <https://orcid.org/0000-0002-5508-6054>

Resumen: En el presente análisis procuramos comentar las principales características de las garantías a primer requerimiento o primera demanda y la crisis que ella provocan en el principio de accesoriedad que rige a las garantías tradicionales. La cláusula a primer requerimiento implica una renuncia a oponer cualquier excepción o defensa ante la solicitud del beneficiario de que se pague la garantía, renuncia que se funda en la confianza depositada en este tipo de garantías surgidas en la práctica comercial internacional pero cada vez más presente en las realidades de cada país. Pero esa pretendida autonomía, que incluso llevan a algunos autores a hablar de “garantías autónomas” e independientes de cualquier relación principal o subyacente, cede ante la necesidad de rescatar la accesoriedad para justificar excepciones basadas en el dolo y fraude del beneficiario que pretende un cobro indebido (ámbito de aplicación de la *exceptio doli*). La prueba en tal sentido se invierte, correspondiendo la carga al garante para no proceder al pago y los requisitos de la excepción son sumamente estrictos so pena de atentar contra el sistema de garantías. En ese esquema el seguro de caución se presenta como una alternativa de garantía a primer requerimiento cuyo uso es cada vez más difundido para garantizar grandes emprendimientos derivados de relaciones contractuales o el cumplimiento de obligaciones legales. Dentro del esquema de auto-ejecución, inmediata y desconectada de cualquier relación subyacente o accesorio, que conducen a sostener que el garante paga una deuda propia y no ajena, conviene hacer unas referencias al uso de medidas cautelares para poder poner en práctica la *exceptio doli*.

Palabras claves: garantías a primera demanda, cláusula a primer requerimiento, seguro de caución, medidas cautelares, *exceptio doli*.

INTRODUCCIÓN A LAS GARANTÍAS A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA

El seguro de caución se inscribe en el elenco de garantías a primer requerimiento o primera demanda que han tenido gran desarrollo en el comercio internacional

pero que han comenzado a ser de uso frecuente en las realidades comerciales nacionales como una mejor alternativa frente a las típicas garantías accesorias personales o reales. La cláusula de pago a primera demanda o primer requerimiento y la renuncia por parte del garante a oponer defensas o excepciones respecto de la relación principal subyacente, contextualiza a estas garantías como “*autónomas*” por existir una clara fractura del principio de accesoriedad a la vez que también se invierte la secuencia lógica de la garantía al exigir primero el pago y luego cualquier discusión sobre la admisibilidad del mismo. Aspectos que refuerzan la confianza que se deposita en estos instrumentos por el inmediato cobro.

Las principales características de este tipo de garantías, que han nacido en la práctica del comercio internacional refieren, según Bustillo Saiz (2014, p. 1), a que:

el beneficiario está legitimado para exigir el cumplimiento de la garantía de forma automática, incondicionada e inmediata ya que no tiene que probar el incumplimiento del deudor principal o los requisitos que en la relación de valuta le legitiman para exigir su pago – de ahí la denominación a primer requerimiento – mostrando así la desconexión existente entre el negocio garantizado y el negocio de garantía, y por ello, el carácter autónomo, independiente y abstracto de la obligación de garante frente al carácter accesorio y subsidiario de la obligación del fiador

Se procura evitar que la oposición de excepciones fundadas en la relación principal o subyacente bloquen el pago debido ante el requerimiento del acreedor o beneficiario, lo que se ha sintetizado en el adagio “primero pagar y después litigar” (“*pay now, litigate later*”). Desde un punto de vista general, es posible advertir claras diferencias entre la garantía accesorio y la garantía autónoma y sus proyecciones en dos campos.

Como señala Bustillo Saiz (2014, p. 10 y 11);

en caso de garantía accesorio, el garante que efectuó un pago no debido en base a la relación principal garantizada tiene una acción de repetición

de lo indebido. En caso de garantía autónoma la acción de repetición le compete al deudor principal – después de haber resarcido al garante – que puede actuar frente al beneficiario en caso a la relación subyacente. En este último caso el garante, aunque haya efectuado un pago no justificado en base a la relación subyacente, no puede ejercitar la acción de repetición de lo indebido porque tiene el deber de cumplir a solicitud del beneficiario; la acción de repetición le compete al garante sólo cuando no deba cumplir en base a vicisitudes de la relación de garantía – nulidad, privada de causa, ..- sólo en estos casos efectúa un pago no debido y por ello tiene derecho a repetir lo que ha pagado”

Asistimos ante garantías con un particular grado de autonomía y abstracción, con cierta desconexión con la relación subyacente, pero que cuando se presentan reclamaciones abusivas en términos de dolo o fraude (con la consiguiente dificultad de sistematizar los casos) la accesoriedad vuelve a adquirir relevancia y permite evitar desplazamientos patrimoniales no deseados por el Derecho. Pero la necesidad de que dotar de confianza a estos instrumentos hace que sea necesario, como sostiene Simler, que se exija a la defensa y se aplique “con gran rigor, (por cuanto) el abuso debe ser realmente manifiesto, es decir, evidente, sin necesidad de pruebas de dicho abuso ni la posibilidad de aportarlas,” (Simler, 2005, p. 70). Se ha entendido que admitir una discusión amplia de toda conducta abusiva puede implicar un grave riesgo de introducir indirectamente lo que las partes han querido evitar: la oposición de excepciones o defensas. Sólo queda la dificultad de “establecer la frontera entre el abuso manifiesto o el fraude, que no podría permanecer impune, y la reclamación injustificada, pero que no es manifiestamente abusiva” (Simler, 2005, p. 70).

2 LA ACCESORIEDAD MENGUADA EN LA GARANTÍA A PRIMERA DEMANDA

En los contratos de garantías tradicionales (hoy denominados “accesorios” por oposición a la proliferación de las garantías autónomas o a primera demanda o primer requerimiento) la accesoriedad es la nota tipificante, creando un vínculo

instrumental y de subordinación. Se habla de una relación “como un fenómeno de conexión o vinculación entre negocios jurídicos, calificado de conexión funcional o necesaria, en subordinación unilateral, la que se da en los contratos de garantía, y por ende en la fianza” (Gamarra, 200. p. 33).

En tal sentido, se ha entendido que las garantías a primer requerimiento no participan de la nota pura de accesoriedad de las garantías tradicionales y se caracterizan por su autonomía. Según Gordillo “la garantía a primera demanda no participa de la nota de accesoriedad nada más que en un sentido muy general de que su génesis obedece a su función de aseguramiento y por tanto es auxiliar o complementaria de otro negocio principal. (Bustillo Saiz, 2014, p. 65)

Pero no podemos perder de vista que esa diferente nota de accesoriedad va de la mano con el diferente carácter de las obligaciones asumidas por el garante, en cuanto a que en un caso es un deudor interesado o a título propio y en el otro es un deudor por cuenta ajena, ambos con un punto de conexión en un negocio principal. Punto de conexión que no altera el carácter de las obligaciones.

Según doctrina mayoritaria, el garante en las garantías a primer demanda o primer requerimiento lo es a título propio y no por una deuda ajena, lo que en definitiva también implica una desnaturalización del propio contrato de garantía como contrato accesorio.

Según Bustillo Saiz (2014, p. 68)

“el garante promete en definitiva cumplir una obligación propia, no pagar una deuda de otro o “en lugar de” otro, pero que persigue satisfacer indirectamente el derecho de crédito derivado de la relación subyacente. El interés que el acreedor tiene en el cumplimiento de la obligación garantizada es por ello el punto de conexión de ambas obligaciones (...)” y en tanto que “la exclusión de excepciones derivadas de la relación principal muestra que más que garantizarse en sentido técnico el “preciso cumplimiento de tal relación” se asegure la satisfacción del interés económico del beneficiario

perjudicado con el incumplimiento del deudor principal mediante una prestación indemnizatoria”

Entonces, paga a título propio y no por cuenta ajena, y garantiza a la vez un crédito y un interés económico, por lo que “a la hora de valorar la ejecución del compromiso del garante, el único juicio relevante es el de si ha acaecido o no, siendo irrelevante la anulación o nulidad del contrato principal” (Bustillo Saiz, 2014, p. 69).

En ese esquema contractual, la excepción de dolo o “*exceptio doli*” es en realidad un instrumento que vuelve sobre la nota de accesoriedad, tan desdibujada en este tipo de garantías, al justificar el no pago por parte del garante fundado en un comportamiento doloso o fraudulento del requirente que excede lo manifiestamente infundado pero que se encuentra en conexión causal con la relación obligacional subyacente.

Conforme las URDG 758 (Reglas Uniformes de garantía a primer requerimiento que adoptan el estilo de las reglas y usos de los créditos documentarios UCP 600 de la Cámara de Comercio Internacional) en su artículo 5 expresan claramente la independencia de la garantía a primer requerimiento a que hemos hecho referencia.

Art 5 – Independencia de la garantía y de la contragarantía: - Una garantía (o una contragarantía) es independiente de la solicitud y de la relación contractual subyacente, aunque incluya una referencia a dicha relación contractual. - El compromiso del garante no está sujeto a reclamaciones o excepciones derivadas de otra relación que la existente entre el garante y el beneficiario (URDG 758)

El requerimiento debe realizarse por escrito antes del vencimiento o dentro del plazo de vigencia y en el lugar de su emisión (art. 14 URDG 758) acompañada de los documentos acordados y con una declaración escrita del beneficiario describiendo el incumplimiento del deudor principal.

Expresa el art. 15 URDG

Art 15 – Condiciones del requerimiento - Un requerimiento debe ir acompañada por una declaración del beneficiario, sea en documento a parte o en el propio requerimiento, indicando en qué aspecto el ordenante ha incumplido sus obligaciones. - Ni el requerimiento ni la declaración puede tener fecha anterior a la de entrada en vigor de la garantía. El resto de documentos puede ser anterior. (URDG 758)

Por su parte, el garante debe de informar sin demora a la parte instructora de cualquier requerimiento efectuado (art. 16 URDG).

Hemos señalado que la inoponibilidad de excepciones constituye el epicentro que hace a las garantías a primer demanda o primer requerimiento como garantías “autónomas”, excepciones que en los contratos de garantías tradicionales pueden utilizarse como consecuencia de la accesoriedad. Sin perjuicio de ello, es posible que el garante pueda oponer excepciones derivadas de la propia relación contractual que vincula al beneficiario y al garante, y no de la relación crediticia a la que pretenden acceder.

A modo de ejemplo la “preclusión rule” del art. 24 de la URDG da certeza y claridad a las partes.

Art 24 – Requerimiento no conforme, renuncia y notificación

- Si el requerimiento no es conforme, el garante puede rechazarlo o solicitar a la parte instructora una renuncia a las discrepancias.
- El garante no queda obligado por el resultado de dicha solicitud a la parte instructora.
- Si el garante rechaza el requerimiento, deberá comunicarlo al presentador indicando los motivos (discrepancias) del rechazo.
- El rechazo se comunicará sin demora y antes de terminar el quinto día hábil posterior a la presentación.
- El garante puede devolver los documentos no conformes en cualquier momento.

- Si el garante no actúa en la forma y plazos indicados perderá el derecho a alegar que la presentación no es conforme. (URDG 758)

La mentada falta de accesoriedad de este tipo de garantía provoca la imposibilidad de poder oponer excepciones, por parte del garante y previo al pago, vinculadas a la relación de crédito principal a la que pretenden garantizar. Verificados los hechos y ante el requerimiento del beneficiario, el garante debe pagar sobre la base de la petición de éste, aunque no se hayan verificado los supuestos materiales garantizados e incluso en casos de abusos (no dolosos) del requerimiento del beneficiario. El fundamento, como ya hemos señalado, es la confianza depositada y la rigurosidad de la garantía en el tráfico mercantil.

3 LA JUSTIFICACIÓN DEL IMPAGO DE LA GARANTÍA ANTE EL REQUERIMIENTO DOLOSO O FRAUDULENTO NO MERAMENTE INJUSTIFICADO: “EXCEPTIO DOLI”

Formulado el requerimiento el pago debe verificarse, pero: ¿debe igualmente cumplirse cuando se trata de un requerimiento doloso o fraudulento?, ¿es posible frente a ello oponer defensa o excepción al pago? La necesidad de proteger a la garantía de requerimientos dolosos y fraudulentos es el fundamento último de este tipo de garantías y la salvaguarda de la pequeña dosis de accesoriedad que igualmente conservan este tipo de garantías.

Señala Bustillo Saiz (2014, p. 123 y 124) que:

“si el dolo del beneficiario consiste en exigir al garante lo que como acreedor no podría exigir al deudor garantizado, para posibilitar el ejercicio de la “*exceptio doli*” hay que demostrar que la autonomía de la obligación del garante le consiente alegar una excepción derivada de una relación distinta y establecida entre sujetos parcial o totalmente diversos (...) si no se excluye el ejercicio de la *exceptio doli*, se suprime la función de garantía específica de la garantía a primer demanda y se vanifica su autonomía..”

La “*exceptio doli*” (dolo o fraude) abrió un debate en doctrina sobre si es posible oponerla siempre como defensa frente al requerimiento de pago por parte del beneficiario. En defensa de su inadmisibilidad y la consagración de una autonomía absoluta, Marchesiello, citado por Bustillo Saiz (2014), expresa que “si las exigencias prácticas, han demandado una garantía (...) eliminando a favor del beneficiario cualquier riesgo conexo a su ejecución, parece una paradoja que en situaciones patológicas se suspenda esa automaticidad” (Bustillo Saiz, 2014, p. 125), porque es “en esas situaciones donde en la práctica se manifiesta la función que tiene la garantía a primer demanda y es para atenderlas que ha sido necesario configurar la autonomía de la garantía” (Bustillo Saiz, 2014, p. 125).

Pero, como bien señala Bydlinski, citado por Bustillo Saiz, (2014) las tesis que sostienen la exclusión de la *exceptio doli* no pueden defenderse porque “producen el resultado de proteger al estafador y de sustraer al garante de sus derechos de oposición a favor de actos reprochables. Además, la excepción protege también el interés del ordenante (Bustillo Saiz, 2014, p. 125). De verificarse un pago no debido, en razón de la inexistencia de la obligación principal, el primer perjudicado es el ordenatario de la garantía si el beneficiario percibe el importe de la garantía sin legitimación material.

Pero la carga de la prueba se invierte y el garante deberá probar el hecho extintivo de la garantía que acontece con el cumplimiento o incumplimiento no imputable del deudor principal ante la solicitud unilateral de requerimiento del acreedor beneficiario, para lo cual la práctica exige prueba fehaciente. Si con esas pruebas, el garante paga, lo hace en forma indebida y no podrá accionar o repetir lo pagado, configurándose una conducta culpable susceptible de responsabilidad. Entonces corresponderá al garante probar que el deudor ha pagado o cumplido su obligación o se encuentra exonerado del cumplimiento con la consiguiente liberación de aquél.

De esa forma lo ha entendido el Supremo Tribunal Español. Señala Pérez Calvo (2013, p. 36) que:

Ante el requerimiento o ejecución de la garantía, se permite al garante “probar que el deudor ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél” 24se declara expresamente por la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo, St. n.º 735/2005 de 27 de septiembre, RJ 2005/6860, siendo un pronunciamiento reiterado prácticamente en idénticos términos por la Sentencia del Tribunal Supremo, St. n.º 1039/2003 de 12 de noviembre, RJ 2003/8408, “si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consiguiente liberación del avalista”, la Sentencia del Tribunal Supremo, St. n.º 531/2003 de 31 de mayo, RJ 2003/5217, “si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consecuyente liberación del avalista”, y la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo, St. n.º 783/2009 de 4 de diciembre, RJ 2010/271 que expone esta doctrina de la siguiente forma: “La doctrina jurisprudencial para evitar una ejecución de la garantía abusiva o fraudulenta ha admitido la posibilidad de paralizar la reclamación del beneficiario mediante la alegación por el garante de la ‘exceptio doli’ (S. 1 de octubre de 2007). El avalista puede oponer las excepciones derivadas de la propia garantía, pues la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye el objeto de la garantía, así como las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, dado que de no ser así se produciría una situación de enriquecimiento injusto.

Según Sentencia del Tribunal Supremo Español de 1 de octubre de 2007 (Pérez Calvo (2013, p. 36- 37):

“el aval a primer requerimiento, como garantía atípica admisible en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad (arts. 7 y 1.255 del Código Civil [LEG 1.889, 27] [CC]), no puede desvincularse en cualquier circunstancia de la obligación garantizada que constituye su objeto, pues la exigencia del carácter expreso de la fianza (art. 1.827 CC), aplicable a esta modalidad contractual, determina que la obligación del

garante no pueda extenderse más allá de lo que constituye su objeto (según declara expresamente la STS de 27 de septiembre de 2005, recurso 80/1999 [RJ 2005, 6860]) y frente a la reclamación el avalista puede oponer aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, cuya prueba le corresponde, pues así lo exigen los principios de buena fe contractual (art. 1258 CC) y prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7.2 CC), ya que en semejantes circunstancias la ejecución de la garantía sería abusiva o fraudulenta y susceptible de ser paralizada mediante la ‘exceptio doli’ [excepción de dolo], que constituye una limitación que afecta incluso a los negocios abstractos, categoría en la que ni siquiera parece que pueda incluirse el aval a primer requerimiento, a falta de una expresa regulación legal, dado el tenor del art. 1.277 CC”.

La consagrada autonomía de este tipo de garantías conlleva a la necesidad de delimitar los alcances de la excepción de dolo, por cuanto no todo supuesto de “falta de derecho” configura dolo o fraude. Al respecto, se ha precisado “que hay fraude cuando resulte de manera cierta e incontestable que el beneficiario no tiene ningún derecho frente al deudor principal” (Bustillo Saiz, 2014, p. 140).

El art. 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995), vigente desde el año 2000, hace expresa referencia a una reclamación carente de todo fundamento y el art. 20 refiere a pruebas sólidas inmediatamente obtenibles:

Artículo 19. Excepción a la obligación de realizar el pago:

1) De ser claro y manifiesto que:

- a) Algún documento no es auténtico o está falsificado;
- b) El pago no es debido en razón del fundamento alegado en la reclamación y en los documentos justificativos; o
- c) A juzgar por el tipo y la finalidad de la promesa, la reclamación carece de todo fundamento, el garante/emisor, que esté obrando de buena fe, tendrá el derecho frente al beneficiario de retener el pago.

2) Para los efectos del inciso c) del párrafo 1) del presente artículo, se indican a continuación ciertos supuestos en los que la reclamación carecería de todo fundamento: a) Cuando sea indudable que no se ha producido la contingencia o el riesgo, contra los que la promesa proteja al beneficiario; b) Cuando la obligación subyacente del solicitante haya sido declarada inválida por un tribunal judicial o arbitral, a menos que en la promesa se indique que tal contingencia forma parte del riesgo cubierto por la promesa; c) Cuando sea indudable que se ha cumplido la obligación subyacente a plena satisfacción del beneficiario; d) Cuando el cumplimiento de la obligación subyacente se haya visto claramente impedido por el comportamiento doloso del beneficiario; e) Cuando se presente una reclamación al amparo de una contragarantía y el beneficiario de la contragarantía haya pagado de mala fe en su calidad de garante/emisor de la promesa a que se refiera dicha contragarantía.

3) En las circunstancias enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1) del presente artículo, el solicitante tendrá derecho a obtener medidas judiciales provisionales de conformidad con el artículo 20. (Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995)

Artículo 20. Medidas judiciales provisionales 1) Cuando, a raíz de una demanda presentada por el solicitante o por la parte ordenante, se demuestre que es muy probable que, en una reclamación que el beneficiario haya presentado o vaya a presentar, concurre una de las circunstancias enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1) del artículo 19, el tribunal, sobre la base de pruebas sólidas inmediatamente obtenibles, podrá: a) Dictar un mandamiento preventivo a fin de que el beneficiario no reciba el pago, incluyendo una orden de que el garante/emisor retenga el importe de la promesa, o b) Dictar un mandamiento preventivo a fin de que se disponga el bloqueo del importe de la promesa pagado al beneficiario, tomando en consideración el riesgo de que se ocasione al solicitante un perjuicio grave, de no dictarse esa medida, 2) El tribunal, al dictar el mandamiento preventivo a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, podrá requerir de la persona que lo solicite el otorgamiento de una caución en la forma que el tribunal

juzgue apropiada. 3) El tribunal no podrá dictar un mandamiento preventivo del tipo mencionado en el párrafo 1) del presente artículo por un motivo que no sea una de las circunstancias enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1) del artículo 19, o la utilización de la promesa para fines delictivos.

Pero, el fraude y el dolo ¿son una cuestión de grados en la actuación *sine iure*? Se ha señalado que “para la jurisprudencia inglesa es el fraude claramente establecido, para la jurisprudencia francesa el que se impone a la vista, es decir, (...) es manifiestamente infundada” (Bustillo Saiz, 2014, p. 140).

De todas formas, la construcción del concepto de fraude en este esquema de garantías a primera demanda ha conducido a posturas restrictivas y otras más amplias en cuanto a su conceptualización. Las primeras “consideran necesaria la prueba líquida y evidente del dolo y por tanto de la demostración de la voluntad defraudatoria, lo que requiere acreditar una posición subjetiva del acreedor que configura un “*quid pluris*” respecto de la mera inexigibilidad” (Bustillo Saiz, 2014, p. 140)

Otras posiciones más elásticas que “exigen solo la existencia de la mala fe objetiva que muestre que el fin de la excusión de la garantía es conseguir una ventaja indebida y excesiva, es decir, se considera que hay abuso cuando consta inequívocamente la falta de derecho del beneficiario” (Bustillo Saiz, 2014, p. 141).

Según Sánchez García y Quicaño Rodríguez (2011, p. 218):

Tratando de resguardar la autonomía, la doctrina resalta que en realidad el garante no invoca excepciones nacidas del contrato base, sino que recurre a la conducta abusiva o fraudulenta del beneficiario, que es posterior e independiente de la convención que lo une al deudor. Dicho de otra manera, el fraude o el abuso no está en la conclusión del contrato, sino en su ejecución, por lo que debe apreciarse al tiempo de la reclamación del cumplimiento de la garantía. Existirá abuso y fraude notorio si el beneficiario reclama el pago no obstante la existencia de una sentencia basada en autoridad de

cosa juzgada que declaró la nulidad del contrato base; si era una garantía de ejecución y el reclamo se efectúa después de haber tenido lugar la recepción y aceptación definitiva de la obra, o si habiéndose extendido en favor de una joint venture esta se había disuelto y quien reclamaba la garantía no estaba legitimado activamente, etc.

No hay duda alguna que opera la excepción cuando se acredita el cumplimiento de la obligación principal con prueba cierta e inequívoca. Sin perjuicio de la prueba del caso concreto, se ha entendido como inequívoca cuando: a) el propio beneficiario de la garantía reconoce ese dato; b) cuando existe una pericia o constatación de un tercero imparcial de ese cumplimiento. (Bustillo Saiz, 2014, p. 141 y ss).

Respecto de la extinción de la obligación principal por hechos extraños no imputables al deudor (supuestos de eximentes de responsabilidad) se advierten dos cuestiones a resolver y que indiquen sobre la oponibilidad de la excepción, o no. Por un lado, “las dificultades de probar el supuesto de hecho y las circunstancias en que acaecen los hechos que eximen de responsabilidad al deudor y que provocan el fin de la relación contractual” (Bustillo Saiz, 2014, p. 150), y por otro lado, “la existencia, o no, de contestación entre las partes sobre el hecho de quien (deudor o beneficiario) asume el riesgo de esos acontecimientos” (Bustillo Saiz, 2014, p. 152).

Cuando no puede constatarse la ausencia de derecho del beneficiario, debe darse prioridad al pago. El no pago debe ser siempre de interpretación restrictiva y surgir de forma fehaciente. El silencio del beneficiario, ante la negativa del pago, sin contestar sobre la existencia del caso fortuito o de la fuerza mayor u otra causa eximente de responsabilidad o cuando los fundamentos de la excepción se han resuelto por un juez, estaríamos ante supuestos de admisibilidad de la *exceptio doli*.

Otro supuesto es el incumplimiento del propio beneficiario de la garantía en la relación principal. Es fraudulenta la reclamación del beneficiario “cuando se prueba de manera inequívoca e incontestada su incumplimiento de la relación

principal garantizada, al acreditarse la certeza de la ausencia del derecho del beneficiario a la solicitud de la garantía” (Bustillo Saiz, 2014, p. 155).

Ahora bien, respecto de la invalidez del contrato principal, Bustillo Saiz (2014, p. 156) refiere que:

a diferencia de los casos de ilicitud del contrato principal, que siempre son relevantes para invalidar la garantía a primer demanda, bien por estimar que se reproduce en la garantía dicho defecto o bien porque se transmite dicha ilicitud a la garantía al describir en su texto la relación garantizada, el resto de las causas de invalidez de la relación principal, (...) solo pueden ampararse en el supuesto de hecho de una “exceptio doli” cuando consten probados inequívocamente a través de sentencia firme o laudo arbitral”

4 ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES O TUTELA INHIBITORIA PARA PREVENIR EL DAÑO DERIVADO DE LA EJECUCIÓN DE UNA GARANTÍA A PRIMERA DEMANDA

Como hemos señalado la ejecución de la garantía a primera demanda ante el mero requerimiento del beneficiario puede implicar una actuación contra derecho, en especial cuando dicho requerimiento tiene su base en una conducta claramente dolosa y fraudulenta. Al respecto la doctrina distingue entre aquellas garantías con intervención judicial provocada en ocasión de la auto-ejecución, y aquellas en las que no existe dicha intervención. Sin perjuicio del debate sobre si es posible o no que sea el deudor el que pretenda detener la auto-ejecución de la garantía por la vía judicial, no hay duda alguna que los supuestos de fraude o abuso manifiesto, sí lo autorizan.

Según Boretto (2010, p. 342) en caso de intervención en la ejecución de una garantía autoejecutable:

Entendemos que el “punto de conexión” que puede justificar la “intromisión” de juez viene dado por el hecho de que se está procediendo en forma abusiva

o fraudulenta contra el garante, careciendo la ejecución de todo fundamento jurídico, circunstancia que toma antijurídica al no existir derecho alguno a la realización de la garantía. Ergo, si los actos privados de los hombres que no perjudiquen los derechos de terceros están exentos de la autoridad de los magistrados, aquellos que causan efectivamente una lesión o presuntamente la pueden causar con visos de certeza, autorizan la intervención jurisdiccional (art. 19 Constitución Nacional – Argentina – y 1109 Código Civil)”

“Se trata de aquellos casos en los cuales, al mediar abuso o fraude manifiesto, la limitación del derecho de defensa insito en las garantías autoejecutables puede afectar principios tales como el de justicia, libertad y dignidad del hombre, incluidos en los derechos del hombre reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución. (Boretto 2010, p. 347)

Ahora bien, cuando no hay intervención judicial en el proceso de auto-ejecución de las garantías, como sucede con las garantías a primera demanda o requerimiento, ¿deben los tribunales admitir medidas cautelares para impedir que el beneficiario ejecute la garantía ante su requerimiento? Sean ya peticionadas por el garante o por el deudor de la relación principal subyacente. Recordemos la autonomía que gozan estas garantías y la necesidad de evitar todo tipo de discusión (con renuncia a oponer defensas u excepciones).

Ante la interrogante, Boretto (2010, p. 350) responde:

La respuesta negativa se funda en varios argumentos, que a su vez, merecen variadas réplicas: Hay, implícitamente, un pacto de non petendo que vincula al deudor del negocio base. El fraude o el abuso no modifica ese pacto implícito. Se contesta: las cláusulas, expresas o implícitas, que impiden recurrir a la justicia serían nulas pues el derecho a la tutela jurisdiccional es irrenunciable anticipadamente (...) la mayoría de los tribunales alemanes, austriacos e italianos admiten esas cautelares, si bien en casos excepcionales, se habla de una regla restrictiva de derecho jurisprudencial, impuesta por la seguridad y liquidez de la garantía a primera demanda. En otros términos, el sector mayoritario sostiene que las cautelares son admisibles en los mismos

supuestos en que se permite al banco garante rehusar el pago. O sea, cuando existe fraude o abuso manifiesto surgido de prueba líquida. A través de estas cautelares, el beneficiario de esas garantías seguirá teniendo una posición altamente privilegiada pero no gozará de una potestad arbitraria e ilimitada. (...) Se trata, claro está, de aquellos supuestos también excepcionales en los cuales aparece de manifiesto que el acreedor carece todo derecho o abusa de él al mediar dolo o fraude manifiestos de fácil prueba (por ejemplo, porque el deudor pagó la deuda cuya garantía se ejecuta; o porque se declaró la nulidad de la obligación principal garantizada con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Según Sánchez García y Quicaño Rodríguez (2011, p. 224):

Uno de los medios de poner en marcha la *exceptio doli*, es mediante las medidas cautelares (...) Estas medidas cautelares se admitirán con el fin de proteger de manera urgente al garante frente a la reclamación abusiva del acreedor y siempre que se presente una primera prueba que cause convicción en el órgano jurisdiccional y conlleve a un juicio provisional para su admisión.

Las medidas cautelares (como puede ser la de no innovar) con prueba líquida y cierta de los hechos que justifiquen el dolo o fraude se constituyen en buenas herramientas para legitimar el no pago de la garantía sin atentar contra el sistema ni contra su confianza. Las exigencias del *fumus bonis iuris* deben ser las mismas que fundan la prueba de la *exceptio doli*.

4 PARTICULARIDADES DE LA EXCEPCIÓN DE DOLO EN EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO GARANTÍA PRIMERA DEMANDA O PRIMER REQUERIMIENTO

El seguro de caución forma parte del elenco de las nuevas garantías a primera demanda o requerimiento y se ha convertido en un buen instrumento de la práctica comercial a efectos de garantizar grandes emprendimientos, construcciones, renta, cumplimiento de obligaciones legales y las más diversas operaciones

económicas. Partiendo de la clasificación de los seguros en personales y de daños, no hay duda alguna que el de caución es un seguro de daño, que procura una indemnización, aspecto que ha despertado alguna controversia.

Conforme el art. 68 de la ley española de seguros 50 / 1980 de 5 de octubre, en su sección sexta por seguro de caución se entiende:

“Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”

Se ha discutido la naturaleza jurídica del seguro y su vinculación con el contrato de fianza, lo que excede el objeto de este trabajo. Participamos de la opinión doctrinaria de que estamos ante un seguro por cuenta ajena donde el asegurado y el tomador difieren claramente.

El deudor de una relación crediticia principal contrata el seguro (en calidad de tomador) en beneficio de su acreedor que es el asegurado. Definitivamente el contrato de seguro cumple una función de garantía, autónoma pero conectada con la relación principal a la que pretende acceder. Se ha pretendido señalar la posibilidad de que sea un seguro por cuenta propia, pero ello provoca serias dificultades en cuanto a la acción de regreso que se consagra para este tipo de seguros.

A los efectos del presente estudio consideramos la interpretación que entiende que el seguro de caución es por cuenta ajena, en dónde entre tomador y asegurado hay una relación crediticia principal, subyacente y previa al aseguramiento, y que para el caso que el tomador incumpla la obligación referida ese hecho se vincula causalmente con el derecho del asegurado (acreedor) a exigir del asegurador la indemnización derivada del incumplimiento contractual previo. Definitivamente

el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación principal y previa se constituyen en el fundamento último de la caución que opera como garantía de ese cumplimiento.

Respecto al riesgo, noción que ha despertado varios ríos de tinta, Veiga Copo (2009, p. 35) enseña que:

“la razón o causa que late a la hora de contratar un seguro no es otra más que la de prevenirse o anticiparse a las consecuencias dañinas que puede suponer la verificación de un siniestro (...) Solo así es comprensible que el riesgo tanto en su intensidad como en su esencialidad, se entienda como la posibilidad de que se produzca o verifique el evento dañoso. Por ello mismo ha de ser un riesgo real, es decir, existente desde el momento al menos de la conclusión y perfección del contrato de seguro”.

Por su parte, F. Sánchez Calero (1982, p. 79) señala que el riesgo “es un elemento esencial, como presupuesto para que el asegurador, asuma su obligación fundamental y se conecta con una característica esencial del contrato de seguro, cuál es su aleatoriedad”.

En definitiva, “el riesgo está, de hecho, presente en todos los aspectos estructurales y funcionales del seguro, es el presupuesto fundamental del contrato, más al mismo tiempo está presente en el objeto y, sobre todo, en la causa del contrato mismo (Veiga Copo, 2018 p. 88)”.

No hay duda alguna que el riesgo, como tal, es un concepto polisémico (ambiguo), a la vez que es (Veiga Copo, 2018, p. 95-96):

“equivoco y complejo”, “como también son sus adjetivaciones, sus grados de cobertura y sus diferentes niveles de intensidad”, “porque el riesgo, no es estático ni homogéneo ni transversal a lo largo de la relación jurídica de seguro”, “cambia, muta, se debilita o se robustece, atemperado por grados de intensidades, mayores o menores, pues será mayor en unos casos, menor en

otros, la probabilidad del siniestro, de la pérdida del bien objeto de garantía o cobertura”.

El riesgo previsto en el contrato de seguro de caución es precisamente el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el tomador del seguro, deudor de la relación contractual o legal subyacente (con pretensiones de accesoriedad). Verificado el mismo (y sin ingresar en todas vicisitudes que plantea), no podemos afirmar que ese pago sea con una finalidad puramente de garantía y de afianzar una obligación ajena porque se paga una obligación asumida directamente por el asegurador, tal y como ya hemos expresado respecto de las garantías a primera demanda. El asegurador no cumple subsidiariamente una obligación como deudor no interesado, sino que cumple una obligación propia.

Al respecto “la indemnización del asegurador es exigible por la existencia de un contrato y como contraprestación al pago de la prima y no por el incumplimiento contractual o la responsabilidad extracontractual de un tercero” (Bustillo Saiz, 2014, p. 288). Agrega la autora en cita que en tal sentido:

el asegurador cumple una obligación propia, autónoma y principal que le es exigible por razón del contrato de seguro una vez producido el siniestro. Y aunque la plena reparación del daño por el tercero libera al asegurador de la obligación asumida con el contrato de seguro, esa liberación no se produce como consecuencia del carácter subsidiario de dicha obligación respecto de la que ha sido satisfecha por el tercero, sino porque la plena reparación del daño ha producido en el ámbito de la relación de seguro la decadencia de la obligación de indemnizar por ausencia de causa. (Bustillo Saiz, 2014, p. 288).

Sin ánimo de pretender realizar un análisis exhaustivo de la figura contractual de seguro de caución, hemos de detenernos en dos aspectos vinculados con la propuesta inicial de este estudio: a) las consecuencias de que el seguro de caución sea una garantía a primera demanda (con cláusula de pago a primer requerimiento) y b) la “*exceptio doli*” en el seguro de caución.

En el esquema contractual del seguro de caución, la cláusula de primer requerimiento comprende la renuncia a oponer excepciones a la reclamación que presenta el asegurado. En la legislación española la admisibilidad de la cláusula a primer requerimiento se deduce del citado art 68 (Ley 50/1980) al no concebirse un regreso automático frente al tomador si antes no se pagó al requerimiento del asegurado.

En este contexto el seguro de caución se presenta como una garantía autónoma de primer requerimiento en dónde la producción del siniestro (incumplimiento) coincide con la declaración de incumplimiento y requerimiento que hace el asegurado, acreedor de la relación principal. El requerimiento es formulado sobre la base de la declaración de voluntad del asegurado (y cumplimiento de las formalidades de la solicitud), fundada en una presunción “*iuris tantum*” y librada a la apreciación del asegurado.

Ahora bien, tal y como analizamos anteriormente, la renuncia a oponer excepciones y la pretendida autonomía de estas garantías encuentran cómo límite conductas dolosas y fraudulentas a efectos de evitar, desplazamientos patrimoniales no deseados por el derecho. En este caso, si el asegurador quiere evitar por entender que no corresponde hacerlo, tendrá que demostrar en forma fehaciente (prueba “*líquida y cierta*”) que no hubo tal incumplimiento y que hay un comportamiento abusivo del asegurado beneficiario, es decir, deberá acreditar los extremos de la “*exceptio doli*”.

Según Schenone (2020, p. 594):

El hecho de que la prueba deba ser manifiesta y evidente implica que se entiende necesaria la existencia de prueba documental en oposición a alegaciones orales (por ejemplo, documentos o certificados de terceras personas o comunicaciones del propio beneficiario). Los casos más comunes en los cuales se ha considerado que ha existido fraude en la reclamación refieren a situaciones en las cuales el ordenante ha cumplido fielmente con la totalidad de sus obligaciones en el contrato base; o bien no se a podido

cumplir con dichas obligaciones en virtud de una conducta dolosa por parte del beneficiario; o en casos de fuerza mayor; o en los cuales existe sentencia judicial o laudo arbitral que disuelve el contrato base o lo declara nulo sin responsabilidad para las partes.

La abstracción y autonomía de la garantía, cede frente a la conexión causal de la excepción respecto de la relación subyacente, al permitir al asegurador oponer la *exceptio doli* cuando surge probado que se ha verificado un cumplimiento o extinción de la obligación de la relación jurídica subyacente o principal. No hay duda alguna de que en el seguro de caución

5 REFLEXIONES

La “*exceptio doli*”, basada en el dolo o fraude del beneficiario de una garantía a primera demanda o primer requerimiento, o del asegurado beneficiario en el seguro de caución constituye una verdadera excepción a la accesoriedad que consolida este tipo de garantías atípicas.

No se viola con ella la pretendida independencia y autonomía de las garantías, sino que se garantiza que ellas no sean un instrumento para el ejercicio abusivo de derechos atentando contra la buena fe contractual y la juridicidad del sistema, impidiendo desplazamientos patrimoniales injustificados. La prueba debe surgir de forma indubitable, líquida y concreta no admitiendo lugar a dudas, por cuanto cualquier discusión sobre la relación subyacente no alcanza para que puede configurarse la excepción.

En tal sentido hay que saber distinguir la mera actuación injustificada del requirente de la actuación dolosa y fraudulenta. No todo requerimiento “sin derecho” habilitaría la excepción. El fraude o abuso en principio puede ser probado con cualquier tipo de prueba, siempre que cause certeza y sea oportuna, pero es preferible la prueba documental. De todas formas la prueba debe ser líquida e irrefragable. La posibilidad de solicitar medidas cautelares tanto por el deudor o el garante que opone la excepción son posibles y deseables para procurar evitar desplazamientos patrimoniales injustificados.

Según Sánchez García y Quicaño Rodríguez (2011, p. 223):

En todos los ordenamientos se admite la exceptio doli frente a las reclamaciones abusivas o fraudulentas del beneficiario, y su fundamento se basa en la prohibición del abuso del derecho junto al mandato de buena fe. Asimismo, se exige que el abuso sea manifiesto y de alguna manera se restringe su actividad probatoria (las pruebas aportadas no pueden llevar a ulteriores investigaciones, sino que tienen que ser palmarias o líquidas). En conclusión y escuetamente, la conducta abusiva o fraudulenta consiste en que el acreedor pretenda que el garante lleve a cabo el pago sin que se hayan producido las circunstancias que configuran el supuesto de hecho de la garantía. Es decir, que el beneficiario se aproveche del mecanismo de esta garantía.

Sólo queda la dificultad de “establecer la frontera entre el abuso manifiesto o el fraude, que no podría permanecer impune, y la reclamación injustificada, pero que no es manifiestamente abusiva” (Simler, 2005, p. 70).

Referencias

BORETTO, M. Las garantías autoejecutables. Santa Fe: Rubinzal Culzoni. 2010

BUSTILLO SAIZ, M. Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda y del seguro de caución. Granada: Comares. 2014

GAMARRA, J. Tratado de Derecho Civil Uruguayo (V). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 2000

PÉREZ CALVO, I. El Seguro de caución y su automatismo en el funcionamiento de la garantía. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, (48), 27-46. 2013

SÁNCHEZ CALERO, F. *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Madrid, 1982

SÁNCHEZ GARCÍA, M. y QUICAÑO RODRÍGUEZ, J. Las excepciones del

garante frente al beneficiario en la garantía autónoma del derecho español Mateo Sánchez. *Revista Análisis Internacional*, (3), 211-229. 2011

SCHENONE, J. El contrato de construcción y los contratos de garantías modernos: El aval bancario y el seguro de caución. En C. de Cores Helguera y R. Gamarra (dir) *Estudios sobre el Contrato de Construcción*. Tomo II. (p. 565-640) Montevideo, La Ley Uruguay, 2020

SIMLER. P. Las tendencias actuales de los contratos de garantías a demanda o incondicionales. En L. De Angulo Rodríguez, J. Camacho de los Ríos y C. Hoyos Elizalde (dir); J. C. Espigares Huete (coord.) *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*. (p.67-76), Barcelona: Atelier 2005

VEIGA COPO, A. *Tratado del Contrato de Seguros*. Madrid: Civitas 2009,

VEIGA COPO, Abel B. *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*. Pamplona: Cuaderno Civitas Thompson Reuters, 2018.

