

REVISTA CIENTÍFICA O DIREITO PENSA

Maringá/PR, V.02, N.01
ISSN 2675-844X



Maringá
2021



REVISTA CIENTÍFICA O DIREITO PENSA

Maringá/PR, V.02, N.01
ISSN 2675-844X



Maringá
2021



Equipe técnica

Editor científico

Antonio Rafael Marchezan Ferreira

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/2772329062681533>

Editor executivo

Gustavo Felipe Berça Ogata

Universidade Estadual de Maringá

Revisão gramatical e visual

Ana Paula Romeiro

Universidade Estadual de Maringá

Maria Alice Dantas Alczuk

Universidade Estadual de Maringá

Maria Vitória Vermelho

Universidade Estadual de Maringá

Marina Eduarda Ostrowski

Universidade Estadual de Maringá

Vinícius Ferrareto Chagas

Universidade Estadual de Maringá

Diagramação e Capa

Vinícius Ferrareto Chagas

Universidade Estadual de Maringá

Comitê editorial

Alexandre Ribas de Paulo

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/8924298565036412>

Almir Santos Reis Junior

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/3471405915737365>

Celina Rizzo Takeyama

Universidade Estadual de Maringá – UEM

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/0281198360647072>

Edson Mitsuo Tiujo

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/1043883576622362>

Edvaldo Sapia Gonçalves

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/8929980439691005>

Gisele Mendes de Carvalho

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/0032356414758686>

Ivan Aparecido Ruiz

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/8393076707737696>

Rosilene Terezinha de Paiva

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/7035729734569755>

Solange Montanher Rosolen

Universidade Estadual de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/7339321491065575>

Arno Dal Ri Júnior

Universidade Federal de Santa Catarina

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/2020985889273319>

Bruno Soeiro Vieira

Universidade da Amazônia

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/0260422488266691>

Clarissa Piterman Gross

Fundação Getúlio Vargas

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/8953652361664903>

Gustavo Noronha de Ávila

Centro Universitário de Maringá

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/4220998164028087>

José Manuel Avelino de Pina Delgado

Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais
- Cabo Verde

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/0729429327267268>

Kleidson Nascimento dos Santos

Instituto Federal de Sergipe - IFS

Currículo Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/4439142923372904>

Valine Castaldelli Silva



Universidade Federal de Santa Catarina
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/7414785543009632>

Corpo de pareceristas ad hoc

Belmiro Jorge Patto

Universidade Estadual de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/6529409406852084>

Giselly Campelo Rodrigues

Universidade Estadual de Maringá - UEM
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/3976230829628719>

Rosely Camilo Pereira Gomes

Universidade Estadual de Maringá
Currículo Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/0899180026308826>

Contato

Departamento de Direito Privado e Processual - DPP UEM
Universidade Estadual de Maringá - Campus Universitário de Maringá
Av. Colombo, 5790 – Bloco D34/Sala 008 – Maringá – PR
CEP 87020-900 Fone: (44) 3011.4950.
e-mail: odireitopensa.uem@gmail.com

Revista Científica O Direito Pensa

Volume 1, número 2
2021

Sumário

Editorial

Comissão Editorial

A Força da Autodeclaração Como Critério de Efetivação das Ações Afirmativas Étnico-raciais para Acesso ao Ensino Superior

The strength of self-declaration as criterion for effectiveness of ethnic-racial affirmative actions for access to higher education

Kalinca Gonçalves Leite

Anderson Orestes Cavalcante Lobato

A Subjetividade da Mulher e o Sistema Carcerário: a Violação da Dignidade Atrás das Grades

The female subjectivity and the prison system: violation of dignity behind bars

Thamille Lima Nunes

Maria Luísa Ferreira da Mota Amaro

Fresh Start na Reforma Falimentar: Assegurando o Direito da Livre Iniciativa

Fresh start in the bankruptcy reform: assuring the right of free enterprise

Diego Franco Veloso

Mecanismos de Prevenção da Prática de Crimes Licitatórios

Mechanisms for the prevention of the practice of bidding crimes

Almir Santos Reis Junior

Lucas Gabriel Silva

Collaborative Law: Uma Releitura do Tratamento de Litígios Familiares

Collaborative Law: A Rereading of the Treatment of Family Disputes

Antonio Rafael Marchezan Ferreira

Heloara Martins Brito

Vinícius Bortoli Ramos

EDITORIAL

Nesta edição contamos com contribuições de várias áreas do direito. O acervo aborda temas de grande relevância, trazendo à tona reflexões e discussões extremamente necessárias.

Nossos objetivos, além da divulgação da produção científica, são de trazer experiências aos acadêmicos que gerem aprendizado e desenvolvam o pesquisador. É necessário que o conhecimento não seja apenas público, mas também acessível.

A revista tem como foco a produção de artigos desenvolvidos com rigor técnico/científico e sob reflexão crítica, seguindo as linhas editoriais das dimensões pública e privada dos Direitos Fundamentais e relações jurídicas patrimoniais na ordem contemporânea, bem como Direitos Humanos e liberdades públicas.

Assim, temos os seguintes artigos disponíveis: *A força da autodeclaração como critério de efetivação das ações afirmativas étnico-raciais para acesso ao ensino superior* (Kalinca L. Leite e Anderson O. C. Lobato); *A subjetividade da mulher e o sistema carcerário: a violação da dignidade atrás das grades* (Thamille L. Nunes e Maria Luísa F. da M. Amaro); *Fresh Start na reforma falimentar: assegurando o direito da livre iniciativa* (Diego F. Veloso); *Mecanismo de Prevenção da Prática de Crimes Licitatórios* (Almir S. R. Junior) e *Collaborative Law: uma releitura do tratamento de litigiosos familiares* (Antonio R. M. Ferreira, Heloara M. Brito e Vinícius B. Ramos).

Agradecemos a toda equipe da Revista Científica (revisores, diagramador, editores e pareceristas) por todo empenho e dedicação, bem como cada autor(a) que submeteu seu trabalho.

Desejamos a todos(as) uma excelente leitura!

Comissão Editorial

EDITORIAL

In this edition we have contributions from various areas of Law. The collection approaches topics of great relevance, bringing to the fore much needed reflections and discussions.

Our objectives, in addition to disseminating scientific production, are to bring experiences to academics that generate learning and develop researchers. Knowledge needs to be not only public, but also accessible.

The journal focuses on the production of articles developed with technical/scientific rigor and under critical reflection, following the editorial lines of the public and private dimensions of Fundamental Rights and patrimonial legal relations in the contemporary order, as well as Human Rights and public freedoms.

Thus, we have the following articles available: *The strength of self-declaration as criterion for effectiveness of ethnic-racial affirmative actions for access to higher education* (Kalinca L. Leite and Anderson O. C. Lobato); *The female subjectivity and the prison system: violation of dignity behind bars* (Thamille L. Nunes and Maria Luísa F. da M. Amaro); *Fresh start in the bankruptcy reform: assuring the right of free enterprise* (Diego F. Veloso); *Mechanisms for the prevention of the practice of bidding crimes* (Almir S. R. Junior) and *Collaborative Law: A Rereading of the Treatment of Family Disputes* (Antonio R. M. Ferreira, Heloara M. Brito and Vinícius B. Ramos).

We would like to thank the entire journal team (reviewers, layout designers, editors and reviewers) for all their efforts and dedication, as well as each author who submitted their work.

We wish you all an excellent reading!

Editorial Board



A FORÇA DA AUTODECLARAÇÃO COMO CRITÉRIO DE EFETIVAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS ÉTNICO-RACIAIS PARA ACESSO AO ENSINO SUPERIOR

THE STRENGTH OF SELF-DECLARATION AS CRITERION FOR EFFECTIVENESS OF ETHNIC-RACIAL AFFIRMATIVE ACTIONS FOR ACCESS TO HIGHER EDUCATION

Kalinca Gonçalves Leite¹
Anderson Orestes Cavalcante Lobato²

Resumo: Este estudo tem como escopo debater acerca da legitimidade dos instrumentos empregados pelas Universidades Públicas para a realização das políticas de inclusão da população afrodescendente. Para tanto, será utilizado o método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, enfrentando as questões da autodeclaração frente ao ordenamento jurídico brasileiro e a “*conflituosidade*” de sua legitimidade. Nessa senda, considerando que as Universidades ainda refletem a desigualdade social brasileira, necessário se faz discutir acerca da legitimidade da autodeclaração como critério de efetivação das ações afirmativas étnico-raciais para acesso ao ensino superior. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo.

Palavras-Chave: universidades, inclusão, autodeclaração, heterodeclaração.

Abstract: This study aims to debate about the legitimacy of the instruments used by Public Universities to carry out policies for the inclusion of the Afro-descendant population. To this end, the bibliographic and jurisprudential research method will be used, addressing the issues of self-declaration in the face of the Brazilian legal system and the “*conflict*” of its legitimacy. Along this path, considering that Universities still reflect Brazilian social inequality, it is necessary to argue about the legitimacy of self-declaration as a criterion for effecting ethnic-racial affirmative actions for access to higher education. For this, the deductive method was used.

Keywords: universities, inclusion, self-declaration, heterodeclaration.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Estatuto da Igualdade Racial; 3. A Lei de Cotas; 3. As Comissões de Confirmação da Autodeclaração; Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 preambula a igualdade como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem

¹ Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande, Assistente Administrativo na Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande/Rio Grande do Sul/Brasil, e-mail: kalincalleite@gmail.com

² Pós-Doutor pela Université Sorbonne Nouvelle, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande/Rio Grande do Sul/Brasil, E-mail: aoclobato@gmail.com

preconceitos, ou seja, prevê a igualdade como pilar do Direito Positivo pátrio. Assim, representou um momento de emergência da força jurídica do princípio da igualdade, rompendo com o paradigma da inércia do Estado e reconhecendo, em toda a sua estrutura normativa, a necessidade de ações afirmativas.

As ações afirmativas são políticas sociais que visam a concretização da igualdade material ou substancial. São discriminações positivas que têm como alvo grupos de indivíduos categorizados por questões de gênero, idade, etnia, raça, etc. Através das ações afirmativas, o Estado transforma-se em agente garantidor da igualdade, considerando os cidadãos de acordo com as suas singularidades. Dessa forma, busca-se a redução da desigualdade social que se traduz na invisibilidade das minorias, como é o caso da população negra.

A Lei 12.288/2010 instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnico-individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Posteriormente foi editada a Lei 12.711/12, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Esta lei é também conhecida como lei de cotas para acesso ao ensino superior, uma vez que reserva no mínimo 50% das vagas das instituições federais de ensino superior e técnico para estudantes de escolas públicas, a serem preenchidas por candidatos autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à presença desses grupos na população total da unidade da Federação onde fica a instituição.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186, reconheceu a constitucionalidade das políticas afirmativas que estabelecem o sistema de cotas raciais para ingresso no ensino superior. Nesse ínterim, as Universidades têm utilizado os critérios da auto e heterodeclaração como instrumentos de efetivação destas políticas, através da criação de comissões de aferição da veracidade da autodeclaração de pretos e pardos. Estas comissões têm por escopo evitar fraudes ao sistema de ingresso por cotas ao ensino superior e utilizam critérios fenotípicos para delimitação daqueles dos destinatários destas políticas sociais.

Partindo da premissa de que a fonte de toda a ambiguidade está na caracterização do *pardo* e, mais especificamente, na fronteira entre o pardo e o branco, especialmente por que em sua distinção reside o divisor de águas entre aqueles que fazem jus às ações afirmativas e aqueles que a elas não fazem jus, tem-se por escopo o debate acerca dos instrumentos utilizados

por referidas Comissões para a realização de seus fins, considerando, sobretudo, a identidade do negro e o pertencimento do indivíduo.

2. O Estatuto da Igualdade Racial

A fim de enfrentar a questão da legitimidade da autodeclaração é oportuno destacar como este tema está inserido no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei 12.288/2010 instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, o qual se destina a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnico individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Nos termos do artigo 1º, parágrafo único, inciso I, deste Estatuto, considera-se discriminação racial ou étnico-racial toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada. (BRASIL, 2010)

Ademais, de acordo com o inciso II do mesmo dispositivo legal, considera-se desigualdade racial

Toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica (BRASIL, 2010).

Este instrumento legislativo busca a correção de desigualdades históricas de uma população que representa mais da metade da sociedade brasileira, conforme pode-se aferir da análise do resultado do último Censo Demográfico realizado pelo IBGE no ano de 2010.

Nessa senda, a lei é um diploma de ação afirmativa voltado para a reparação das desigualdades raciais e sociais, ainda derivadas da escravidão e do desenvolvimento desigual que o país experimentou e ainda experimenta. O Estatuto da Igualdade Racial representa um grande passo em direção à construção de um Brasil que reconhece, respeita e promove a diversidade étnico-racial.

O escopo da legislação é o reconhecimento da unidade nacional, ou seja, é uma tentativa do Estado de unir as diferentes etnias em uma mesma nacionalidade: a brasileira; de acabar com a diferença e o preconceito e romper o abismo racial entre negros e brancos, pois, independente de sua *raça*, todos pertencem a uma mesma nação e não devem discriminar-se entre si.

Todavia, importante salientar que a utilização do termo *raça*, neste trabalho, tem como base a complexidade do conceito exposta por Nilma Lino Gomes (2005). Assim, reconhece-se que *raça* ainda é o termo que melhor expõe a dimensão da discriminação existente em relação ao negro, bem assim que o racismo é uma lamentável realidade, a qual não pode ser negada pela simples afirmação de que só existe uma raça, a humana. Dessa forma, afasta-se o uso do termo pautado em conceitos de raças superiores e inferiores, como no caso da Alemanha Nazista e outros contextos de dominação.

De acordo com referida autora,

[...] o histórico da escravidão ainda afeta negativamente a vida, a trajetória e inserção social dos descendentes de africanos em nosso país. [...] após a abolição, a sociedade, nos seus mais diversos setores, bem como o Estado brasileiro não se posicionaram política e ideologicamente de forma enfática contra o racismo. Pelo contrário, optaram por construir práticas sociais e políticas públicas que desconsideravam a discriminação contra os negros e a desigualdade racial entre negros e brancos como resultante desse processo de negação da cidadania aos negros brasileiros. Essa posição de “suposta neutralidade” só contribuiu ainda mais para aumentar as desigualdades e o racismo. (2005, p. 46)

Desta maneira, por mais tentador que seja reproduzir o discurso da unidade nacional e de que todos são iguais perante a lei e devem ter as mesmas oportunidades, é preciso reconhecer que o caminho da negação do racismo é autofágico. Isso porque, como bem afirmado pelo Ministro Luiz Fux: “*no Brasil, a pobreza tem cor*” (2009, p. 105). Aliás, basta uma simples busca na internet por fotos de formandos no curso de medicina nas Universidades e por fotos de presidiários no Brasil para chegar a esta conclusão que é confortavelmente negada por muitos setores da sociedade.

No mesmo sentido, Nilma Lino Gomes aduz que

A sociedade brasileira sempre negou insistentemente a existência do racismo e do preconceito racial mas no entanto as pesquisas atestam que, no cotidiano, nas relações de gênero, no mercado de trabalho, na educação básica e na universidade os negros ainda são discriminados e vivem uma situação de profunda desigualdade racial quando comparados com outros segmentos étnico-raciais do país. (2005, p. 46)

Com efeito, considerando o ranço escravagista que é um entrave para a construção de uma sociedade mais justa e democrática, O Estatuto da Igualdade Racial, ao considerar todo o contexto histórico-cultural do negro no Brasil, é de extrema importância. A integração social do negro e a luta pela ocupação dos espaços de saber e poder, que hoje são predominantemente preenchidos por uma elite branca, nada mais que é do que um direito.

Isto posto, reconhecido o principal objetivo do Estatuto, qual seja, diminuir a desigualdade e buscar a ascensão e maior presença do negro na sociedade brasileira, cumpre iniciar o debate acerca da autodeclaração e sua legitimidade.

O parágrafo único do artigo 1º da referida Lei assim dispõe:

[...] Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se *autodeclaram* pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga; (BRASIL, 2010)

Ademais, destaca-se que o IBGE utiliza o seguinte conceito de cor ou raça: “*característica declarada pelas pessoas de acordo com as seguintes opções: branca, preta, amarela, parda ou indígena*” (2010).

Diante do até então exposto, é forçoso concluir que o Estatuto da Igualdade Racial legitimou a autodeclaração como critério a ser considerado para a definição do conceito de população negra. Nesse ínterim, prosseguir-se-á a análise desta questão no próximo item, o qual discorrerá sobre a lei de cotas para acesso ao ensino superior.

3. A Lei de Cotas

Em 2012 foi editada a Lei 12.711, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Esta lei é também conhecida como lei de cotas para acesso ao ensino superior, uma vez que reserva no mínimo 50% das vagas das instituições federais de ensino superior e técnico para estudantes de escolas públicas, que são preenchidas por candidatos autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à presença desses grupos na população total da unidade da Federação onde fica a instituição.

O caráter afirmativo desta lei revela o real conteúdo do princípio da igualdade, ou seja, desigualar, positivamente e afirmativamente a fim de superar discriminações ou preconceitos de categorias desigualadas historicamente.

De acordo com Joaquim Barbosa Gomes,

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2001, p. 40)

Em síntese, para diminuir os índices de injustiça social é preciso reconhecer a necessidade de favorecimento de algumas minorias em situação de vulnerabilidade. Ademais, conforme bem salientado pela Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, minorias nem sempre significam o menor número de pessoas, mas sim aqueles que não são contemplados com os mesmos direitos daqueles que detêm o poder (1996). Este é o caso dos negros e mulheres no Brasil, os

quais quantitativamente representam a maioria da população brasileira, mas que ainda são a minoria em termos de ocupação dos espaços de poder.

Dessa forma, para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, ou de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares (ROCHA, 1996).

Por conseguinte, é possível concluir que o ordenamento jurídico pátrio reconheceu a necessidade de ações afirmativas étnico-raciais para que se permita um acesso considerável de negros à universidade. É nesse contexto que se insere a questão da legitimidade da autodeclaração, pois a legislação infraconstitucional não pôde se limitar ao discurso da inclusão da comunidade negra ao ensino superior, forçando-se a disciplinar quem são aqueles que fazem jus às políticas de cotas.

A propósito, mais uma vez o ordenamento jurídico legitimou a autodeclaração, uma vez que faz referência a esta expressão como critério definidor dos destinatários das vagas a serem preenchidas pelo sistema de cotas. Todavia, as Universidades têm enfrentado grandes dificuldades na implementação das ações afirmativas étnico-raciais para acesso ao ensino superior. Tais dificuldades serão expostas a seguir.

Primeiramente, cumpre referir que este trabalho não ignora o fato de que, para além da questão do acesso, existe o importante debate acerca da permanência do aluno negro na Universidade. Entretanto, tendo em vista a realidade educacional brasileira, entende-se que ainda é necessário enfrentar a problemática instaurada em torno das experiências de acesso ao ensino superior. Nesse sentido, reconhece-se que a questão da educação não se difere do restante do nosso contexto sócio-econômico, ou seja, em última análise nada mais é do que reflexo da desigualdade social, fruto do pensamento colonial e da dicotomia preto/branco.

O ingresso ao ensino superior através do sistema de cotas étnico raciais baseia-se no princípio da igualdade e tem como critério inicial a autodeclaração. Frisa-se que este sempre foi o caminho natural, tendo em vista que a autodeclaração, como critério de identificação do grupo étnico do indivíduo, é a principal forma de classificação utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, órgão oficial brasileiro de demografia.

No entanto, logo após as primeiras tentativas de implementação da reserva de vagas, foram identificadas tentativas de fraudes ao sistema proposto, vez que foram percebidas grandes distorções entre a classificação étnica feita por candidatos em suas autodeclarações e a classificação na opinião de terceiros. Cita-se como exemplo a Ação Civil Pública de n.º 5003858-80.2016.4.04.7101 proposta pelo Ministério Público em face da Universidade Federal do Rio Grande e de uma estudante, a qual teve como ponto de partida uma denúncia feita por terceiros que alegaram que a candidata ingressou no curso de medicina através da modalidade de cotas raciais sem ser realmente beneficiária desta ação afirmativa. Assim, no sentido de evitar fraudes à política de cotas, as Universidades conceberam um método de verificação da veracidade da autodeclaração feita pelo candidato no ato de sua inscrição.

4. As Comissões de Confirmação da Autodeclaração

Conforme destacado no capítulo anterior, instituíram-se, então, as Comissões de Heteroidentificação, com o objetivo de enquadrar o candidato em um dos grupos étnicos reconhecidos no Brasil (SADDY, 2016). Salienta-se que estas Comissões foram criadas a partir da luta dos Movimentos Sociais que buscam a valorização dos grupos étnicos menos favorecidos.

Ademais, as Comissões de Aferição têm como base a Lei 12.990/2014, a Orientação Normativa número 3, de 1º de agosto de 2016, da Secretaria de Gestão de Pessoas e relações do Trabalho no Serviço Público e a Recomendação número 41 de 9 de agosto de 2016, do Conselho Nacional do Ministério Público. Por certo, as referidas normas orientam e legitimam o emprego da heterodeclaração para a correta implantação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 186, ao examinar a constitucionalidade do sistema de cotas raciais, manifestou-se favoravelmente à utilização tanto da autoidentificação, quanto da heteroidentificação, ou de ambos os sistemas de seleção combinados, desde que seja respeitada a dignidade pessoal dos candidatos, bem assim que sejam observados os seguintes critérios:

[...] (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos. (IKAWA, 2008, p. 129/130, apud, BRASIL, 2009, p. 84/85).

Porém, o método da identificação por terceiros não se mostrou capaz de sanar todas as controvérsias acerca do tema. De fato, as Comissões são frequentemente apontadas como Tribunais Raciais e têm os seus métodos de aferição questionados, especialmente, por candidatos que não são “aprovados” na entrevista de verificação da veracidade da autodeclaração apresentada quando da inscrição no processo seletivo.

Cita-se o caso emblemático dos irmãos gêmeos Alan e Alex Teixeira da Cunha como exemplo de incongruência do sistema proposto. Neste caso amplamente divulgado pela mídia, apenas um dos candidatos teve sua autodeclaração deferida pela Comissão responsável, apesar de serem irmãos gêmeos univitelinos (BONFIN, 2012).

Ante o até então exposto, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro indica que a autodeclaração é o critério legítimo para a identificação dos beneficiários das ações afirmativas étnico-raciais. No entanto, frente às denúncias de fraudes ao sistema as Universidades estabeleceram o critério da heterodeclaração. Na mesma lógica, os instrumentos utilizados pelas Comissões de Aferição também estão sendo alvo de questionamentos.

Destarte, diante da problemática apresentada o Judiciário é frequentemente instado a apontar o caminho a ser seguido para a efetivação do princípio da igualdade e inclusão dos negros. De fato, a Jurisprudência majoritária reconhece a legitimidade das Comissões de Aferição, pois toda declaração é suscetível de constatação, inclusive, a autodeclaração. Entretanto, o Judiciário – assim como o Legislativo – não aponta os instrumentos a serem utilizados por estas Comissões para a realização de seus fins.

Dessa forma, partindo-se da premissa de que a fonte de toda a ambiguidade reside na caracterização do *pardo* e, mais especificamente, na fronteira entre o pardo e o branco, sugere-se que as Comissões devem considerar, sobretudo, a identidade do negro e o pertencimento do indivíduo, questões que estão muito além dos aspectos fenotípicos.

Segundo Viviane Fernandes (2016) a identidade não pode ser considerada como decorrência de evidências corporais. Aliás, mesmo nas ideologias racistas existem nuances, o que é definido como pardo no Rio Grande do Sul, não o é da mesma forma na Bahia ou no Pará. Assim, uma vez que o conceito de negritude não é estático, sendo alterado constantemente pelo contexto cultural, qualquer tentativa de definição rígida por caracteres fenotípicos corresponde a uma visão equivocada sobre o corpo e a identidade.

Identidade é algo em processo, permanentemente inacabado, e que se manifesta através da consciência da diferença e contraste com o outro, pressupondo, assim, a alteridade. Ou seja,

o sujeito se constrói a partir de marcas diferenciais provindas dos outros. Assim, a identidade é sempre construída em um processo de interação e de diálogo que estabelecemos com os outros. (FERNANDES, 2016, p. 106)

Considerando a subjetividade do negro (preto e pardo), destaca-se que não existe – nem nunca existirá, por mais que o desenvolvimento tecnológico caminhe a passos largos – um “negrômetro”, uma máquina capaz de etiquetar a identidade do ser negro. Isso posto, para compreender o processo de construção da identidade, é importante perceber que as diferenças raciais, como assinala Stuart Hall, “*não nos constituem inteiramente, somos sempre diferentes e estamos sempre negociando diferentes tipos de diferenças - de gênero, sexualidade e de classe*” (2003, p. 346).

A identidade do negro na sociedade brasileira foi formulada historicamente, desde o período colonial, de forma estereotipada, ou seja, através da inferiorização das diferenças do corpo negro. Nilma Lino Gomes (2002) assinala que tal inferiorização foi um instrumento utilizado pelo regime escravista para justificar a reificação do homem negro e encobrir as intenções econômicas e políticas. Nesse ínterim, segundo a autora, a comparação entre os sinais diacríticos do corpo negro, como a cor, o cabelo, o nariz e os sinais do corpo do branco europeu serviu de argumento para justificar a hierarquização social.

Nesse contexto, a identificação racial é uma tarefa complexa, especialmente em um país construído em cima do sangue de índios e negros. Todavia, esta identificação é necessária para que as vagas das universidades federais reservadas para candidatos autodeclarados pretos e pardos sejam efetivamente ocupadas por seus reais destinatários.

Diante disso, propõe-se a utilização mista dos critérios da auto e heterodeclaração, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio tanto legitima a autoidentificação, quanto não deslegitima a heterodeclaração. Ademais, recomenda-se que as Universidades Brasileiras criem Comissões destinadas a *confirmar* a autodeclaração apresentada pelo candidato cotista, por isso a expressão utilizada nesse título (Comissões de Confirmação da Autodeclaração). Estas Comissões, pautadas na razoabilidade entre a questão da identidade do indivíduo e a não ocorrência de fraudes ao sistema, confirmarão ou não a autodeclaração do candidato cotista, através da análise dos aspectos fenotípicos do candidato.

Ainda, é oportuno salientar que sempre haverá fraudes a qualquer sistema vigente. Todavia, estas fraudes não podem desestimular a busca pela efetivação da igualdade material. O racismo e a afroconveniência são temas que precisam ser amplamente debatidos pelos diversos setores da sociedade. Porém, deve-se reconhecer que a busca da origem do brasileiro

não é uma tarefa fácil. Enfim, não há como objetivar uma questão subjetiva como a identidade do negro.

Conclusão

A fim de enfrentar a questão da legitimidade da autodeclaração, destacou-se como este tema está inserido no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, primeiramente foi abordada a Lei 12.288/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnico-individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. Após, foi feita análise da Lei 12.711/12, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

Com efeito, concluiu-se que o ordenamento jurídico pátrio reconheceu a necessidade de ações afirmativas étnico-raciais para que se permita um acesso considerável de negros à universidade. Nesse contexto, a legislação infraconstitucional se limitou ao discurso da inclusão da comunidade negra ao ensino superior, forçando-se a disciplinar quem são aqueles que fazem jus às políticas de cotas. Assim sendo, o ordenamento jurídico legitimou a autodeclaração, uma vez que faz referência a esta expressão como critério definidor dos destinatários das vagas a serem preenchidas pelo sistema de cotas.

Destarte, da análise do Estatuto de Igualdade Racial e da Lei de Cotas, verificou-se que a legislação brasileira reconheceu a autodeclaração como critério definidor dos sujeitos que devem ser beneficiados pelas ações afirmativas étnico raciais para ingresso ao ensino superior. Todavia, constatou-se que as Universidades Brasileiras encontram diversos problemas para a implementação do sistema de cotas, especialmente diante de denúncias de fraudes.

Assim, no sentido de evitar fraudes à política de cotas, as Universidades conceberam um método de verificação da veracidade da autodeclaração feita pelo candidato no ato de sua inscrição. Instituíram-se, então, as Comissões de Aferição da Veracidade da Autodeclaração de Pretos e Pardos, com o objetivo de enquadrar o candidato em um dos grupos étnicos reconhecidos no Brasil. Porém, este método não se mostrou capaz de sanar todas as controvérsias acerca do tema, afinal, as Comissões são frequentemente apontadas como Tribunais Raciais e têm os seus métodos de aferição questionados, especialmente, por candidatos que não são “aprovados” na entrevista de verificação da veracidade da autodeclaração apresentada quando da inscrição no processo seletivo.

Verificou-se, pois, que o ordenamento jurídico brasileiro indica que a autodeclaração é o critério legítimo para a identificação dos beneficiários das ações afirmativas étnico-raciais. No entanto, frente às denúncias de fraudes ao sistema as Universidades estabeleceram o critério da heterodeclaração. Na mesma lógica, os instrumentos utilizados pelas Comissões de Aferição também estão sendo alvo de questionamentos.

Diante da problemática apresentada, o Judiciário é frequentemente instado a apontar o caminho a ser seguido para a efetivação do princípio da igualdade e inclusão dos negros. Assim, da análise da Jurisprudência pertinente à temática, concluiu-se que o Judiciário tem reconhecido a legitimidade das Comissões de Aferição, todavia, não aponta os instrumentos a serem utilizados por estas Comissões para a realização de seus fins.

Dessa forma, partindo-se da premissa de que a fonte de toda a ambiguidade reside na caracterização do *pardo* e, mais especificamente, na fronteira entre o pardo e o branco, sugeriu-se que as Comissões devem considerar, sobretudo, a identidade do negro e o pertencimento do indivíduo, questões que estão muito além dos aspectos fenotípicos.

Outrossim, sem deixar de reconhecer que a identificação racial é uma tarefa complexa, propôs-se a utilização mista dos critérios do auto e heterodeclaração, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio tanto legitima a autoidentificação, quanto não deslegitima a heterodeclaração.

Ademais, recomenda-se que as Universidades Brasileiras criem Comissões destinadas a *confirmar* a autodeclaração apresentada pelo candidato cotista. Estas Comissões, pautadas na razoabilidade entre a questão da identidade do indivíduo e a não ocorrência de fraudes ao sistema, confirmarão ou não a autodeclaração do candidato cotista, através da análise de aspectos fenotípicos e, no caso de dúvida quanto ao fenótipo, subsidiariamente será possível analisar a descendência direta do candidato (pai e mãe). Assim, o tom de pele e os traços negroides devem servir como critério predominante a ser utilizado pelas Comissões, as quais estarão sempre pautadas pelo princípio da razoabilidade, a fim de que não se cometam injustiças, considerando a existência de uma zona gris em que podem se situar pardos e brancos.

Por fim, salientou-se que sempre haverá fraudes a qualquer sistema vigente. Todavia, estas fraudes não podem desestimular a busca pela efetivação da igualdade material. O racismo e a afroconveniência são temas que precisam ser amplamente debatidos pelos diversos setores da sociedade. Porém, deve-se reconhecer que a busca da origem do brasileiro não é uma tarefa fácil. Não há como objetivar temas de tamanha subjetividade, tais como identidade e pertencimento.

Referências

- BECKER, Anelise. Cotas raciais: problematidade prática da definição de seus beneficiários. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 15-48 – jan./jun. 2017.
- BERTULIO, Dora Lucia de Lima. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Universidade Federal de Santa Catarina, 1989. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106299> Acesso em: 04 de dezembro de 2018.
- BONFIN, Murilo. Para UNB, um era branco e outro, negro. São Paulo: **O Estado de São Paulo**, 2012. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,para-unb-um-era-branco-e-outro-negro-imp-,951965>. Acesso em: 18 de julho de 2017.
- BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010 - Características da população e dos domicílios - Resultados do universo**. Rio de Janeiro, 2011.
- BRASIL, **Decreto nº 7.824 de 11 de outubro de 2012**. Brasília, 2012.
- BRASIL, **Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996**. Brasília, 1996.
- BRASIL, **Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012**. Brasília, 2012.
- BRASIL, **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Brasília, 2010.
- BRASIL, **Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014**. Brasília, 2014.
- BRASIL, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Orientação normativa nº 3, de 1º de agosto de 2016**. DOU de 02/08/2016 (nº 147, Seção 1, pág. 54).
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. Brasília, 24 de abril de 2012.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Ação Civil Pública Nº 5003858-80.2016.4.04.7101**. Subseção Judiciária de Rio Grande/RS, 2016.
- CAMPOS, Luiz Augusto; **Feres Júnior**, João. Ação afirmativa, comunitarismo e multiculturalismo: relações necessárias ou contingentes? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Volume 29, Número 84, p. 103-118, 2014. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092014000100007>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018.
- FERNANDES, Viviane Barbosa; SOUZA, Maria Cecília Cortez Christiano. Identidade Negra entre exclusão e liberdade. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, n. 63, p. 103-120, 2016.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As Fronteiras Raciais do Genocídio/The Racial Boundaries of Genocide. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Volume 1, Número 1, p. 119/146, 2014.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade (O direito como instrumento da transformação social. A experiência nos EUA)**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. In: BRASIL. **Educação Anti-racista: caminhos abertos pela Lei federal nº 10.639/03**. Brasília, MEC, Secretaria de educação continuada e alfabetização e diversidade, 2005. P. 39 - 62.

GOMES, Nilma Lino. Trajetórias escolares, corpo negro e cabelo crespo: reprodução de estereótipos ou resignificação cultural?. **Revista Brasileira de Educação**, n. 21, p.40-51, set.-dez. 2002.

HALL, Stuart. **Da diáspora: Identidade e mediações culturais**. Trad. Adelaine La Guardiã Resende. Belo Horizonte/Brasília, Editora UFMG/Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

IKAWA, Daniela. Direito às ações afirmativas em universidades brasileiras. In: SARMENTO, Daniel et al. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LEWGOY, Bernardo. Cotas raciais na UnB: as lições de um equívoco. **Horizontes antropológicos**, Volume 11, Número. 23, p. 218-221, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v11n23/a13v1123.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2018.

MODESTO, João Gabriel. Racismo e Políticas Afirmativas: Evidências do Modelo da Discriminação Justificada. In: **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Vol. 33, p. 33/53, 2018. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/0102.3772e3353>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018.

NASCIMENTO, Alessandra Santos; FONSECA, Dagoberto José. **Mudanças e continuidades nas definições de cor ou raça na PCERP/2008**. Disponível em: [http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST33\[250\]ABEP2012.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/xviii/anais/files/ST33[250]ABEP2012.pdf). Acesso em: 04 de dezembro de 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 15, p. 85-99, 1996. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:1993;000474186>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TOLEDO, Luiz Fernando. Um terço das Universidades Federais tem denúncia em cota racial, governo quer avaliação visual. São Paulo: **O Estado de São Paulo**, 2018. Disponível em: <https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,13-das-federais-tem-denuncia-em-cota-racial-governo-quer-avaliacao-visual,70002147782>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

A SUBJETIVIDADE DA MULHER E O SISTEMA CARCERÁRIO: A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE ATRÁS DAS GRADES

THE FEMALE SUBJECTIVITY AND THE PRISON SYSTEM: VIOLATION OF DIGNITY BEHIND BARS

Thamille Lima Nunes¹

Maria Luísa Ferreira da Mota Amaro²

Resumo: O presente estudo trata das violações dos direitos das detentas frente as inadequações do sistema prisional para o suporte da presença feminina nesses espaços. Com isso, faz-se uma análise da relação entre a mulher e a sociedade, com o objetivo de esmiuçar a opressão de gênero e sua relação com o encarceramento feminino. O trabalho foi desenvolvido a partir da perspectiva do método hipotético-dedutivo a partir de pesquisas bibliográficas. Ao final, conclui-se que os presídios são ambientes de anulação da mulher enquanto sujeito de direitos e que serve a uma política de repressão a mulheres pretas e pobres.

Palavras-Chave: Cárcere; Gênero; Criminalidade.

Abstract: This study addresses treat with violations of the women prisoners rights in the face of inadequacies of the prison system to support the feminine presence in these spaces. Therewith do analysis of the relation between women in society with the objective to inquire gender oppression and their relation with the feminine prison. It is a hypothetico-deductive method which used bibliographic review concerning the presente subjective. In this way, it is clear that prison nullfies women as a subject of rights and serves a policy of represson of black and poor women.

Keywords: Prison; Gender; Criminality.

Sumário: 1. Introdução; 2. Mulher e sociedade; 3 Sistema penal e cárcere; 4. A mulher e o sistema carcerário; 5. A maternidade e a subjetividade feminina no cárcere 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A incorporação das questões de gênero no centro do debate criminal é indispensável para a compreensão da seletividade do sistema penal e para a garantia de tratamento apropriado ofertado as mulheres atrás das grades. Tal embate tem se tornado ainda mais substancial em virtude do aumento da presença da população feminina nas prisões nos últimos anos.

Assim, o Estado, que ainda é incipiente em relação a tutela das prisioneiras, deve preocupar-se em atender as demandas subjetivas das mulheres encarceradas, uma vez que as violações dos direitos das detentas tem singular relação com a falta de adequação dos presídios

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais; Salvador, Bahia, Brasil; thamillennunes@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais; Januária, Minas Gerais, Brasil; maria.luisa21@hotmail.com

para sustentar a individualidade das mulheres e, conseqüentemente, com a omissão do poder legislativo, executivo e judiciário.

Nesse sentido, o objetivo desse estudo é analisar o aprisionamento feminino e as vulnerabilidades sociais que são ampliadas dentro do ambiente carcerário. Assim, possui o escopo de esmiuçar a opressão de gênero e sua relação com o encarceramento feminino.

Em primeiro momento analisa-se a vinculação da mulher com a sociedade, que é marcada pela dinâmica das desigualdades de gênero e pela exclusão do feminino em espaços de poder. Em seguida, é explorado a origem do sistema penal e sua relação com o cárcere, que dotado de poder coercitivo, expõe o indivíduo ao crivo do Estado.

Posteriormente, será analisado, especificamente, a mulher e o cárcere, realizando-se recortes de raça e classe para pormenorizar quem é punida pelo Estado e apreender os estigmas que ainda são sustentados pelo machismo e racismo na contemporaneidade. E, por fim, é analisada a condição objetiva da mulher mãe e a violação da sua dignidade e da sua prole.

Estruturalmente, foi utilizado o método hipotético-dedutivo e, para alcançar os objetivos propostos, valeu-se do emprego de fontes bibliográficas secundárias (livros, artigos, periódico, revistas, entre outras) e documentais (leis e outras fontes jurídicas).

2. Mulher e sociedade

Em tese, as relações sociais e jurídicas são regidas pelo princípio da igualdade, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, no art. 5º. Assim, como consequência lógica, não há espaço para tratamento diferenciado por conta do gênero, raça ou classe social. Realidade muito distinta se apresenta, pois, hodiernamente, as diferenças hierárquicas entre homens e mulheres são vislumbradas em diversos âmbitos da vida civil e jurídica.

Uma vez, visto que a mulher sempre ocupou um patamar de desvalorização em relação ao homem, suas diferenças biológicas e sexuais são utilizadas como justificativa para a naturalização da divisão dos papéis sociais desempenhados por homens e mulheres (FRANÇA, 2014, p. 213). Esta é uma justificativa natural, construída socialmente a partir de uma violência simbólica (BOURDIEU, 2002, p. 22) e perpetuada ao longo dos anos pela estrutura familiar e, posteriormente, pelo Direito.

O sistema patriarcal acentua as relações de dominação do homem e subordinação da mulher, gerando uma marcação intransponível dos espaços sociais (KROHLING; MIYAMOTO, 2012, p. 228). É ARENDT (2003, p. 68) quem explicita de forma clara a

diferenciação existente, visto que, a mulher estaria confinada à vida familiar e doméstica, isto é, ao âmbito privado, fadada a invisibilidade. Seja pela diferença física ou pela maternidade, o sexo feminino esteve atrelado a uma vida limitada e aquém, afastada do âmbito público e político.

Além disso, o sexo feminino, como explica BEAUVOIR (2009, p 15), é definido pelo masculino, não assumindo o ponto de um ser autônomo, mas subordinado ao homem. Ou seja, este é o sujeito absoluto, essencial, ao passo que a mulher explicita o não essencial, o “Outro”. Essa submissão do sexo feminino perante ao masculino se perpetuou durante séculos, BEAUVOIR (2009, p.15) ainda cita alguns pensadores, como Aristóteles, que definia que a mulher se caracteriza pela carência de qualidades, com uma deficiência natural, enquanto São Tomás decretava que a mulher é um “homem incompleto”.

Elas são mulheres em virtude de sua estrutura fisiológica; por mais longe que se remonte na história, sempre estiveram subordinadas ao homem: sua dependência não é consequência de um evento ou de uma evolução, ela não aconteceu. (...) nenhum sujeito se define imediata e espontaneamente como o inessencial; não é o Outro que se definindo como Outro define o Um; ele é posto como Outro pelo Um definindo-se como Um.

BEAUVOIR, 2009, p. 16-17

Com a instituição do casamento, a mulher passa a ser acessório e propriedade do homem, sua sexualidade e maternidade também estão controladas, já que, como afirma Beauvoir, não seria possível obrigar uma mulher a parir, porém, ela é inserida em um conjunto de situações em que a maternidade é a única saída, já que, as leis e costumes lhe impõe o casamento, proíbem métodos contraceptivos ou o aborto, e, ainda, proíbe o divórcio (BEAUVOIR, 2009, p. 82-83). Esse é um fato vislumbrado no sistema penal brasileiro que, até o ano de 2005 previa punições para o adultério e outras diversas previsões que demonstravam a inferioridade da mulher. Como exemplo, a pena era diminuída em um terço nos casos do delito de rapto caso o objetivo fosse contrair casamento, ainda, há a menção em vários artigos do termo “mulher honesta”, e agravantes de pena caso o delito tivesse como vítima mulher virgem, conforme redação do artigo 215, parágrafo único do Código Penal antes de sua revogação pela lei n.º 11.106, de 2005.

Percebe-se, em breve síntese do exposto, que a opressão da mulher é parte de um sistema mais complexo, determinado não apenas pelas pequenas ações, mas por uma cultura que inferioriza a figura feminina, salvaguardada por uma sociedade patriarcal e um direito que atende aos interesses das classes dominantes. BARATTA (2002, p. 176) em sua obra de criminologia crítica já demonstrava que o sistema penal é seletivo e exprime valores de uma sociedade burguesa-individual.

Contudo, é a luta feminista que proporrá reflexões sobre os paradigmas da sociedade patriarcal, expondo suas mazelas e consequências ao desenvolvimento da mulher indivíduo e como sujeito de direitos (ISHIY, 2014, p. 11).

Logo, não se olvide o papel fundamental do Direito na perpetuação da desigualdade de gênero na sociedade. Como explicita ISHIY (2014, p. 10) em sua tese de doutorado, “as peculiaridades da realidade feminina são ignoradas não apenas na execução penal (...), mas por todas as faces do sistema de justiça criminal, historicamente concebido por uma visão androcêntrica e sexista do Direito e da sociedade”. Ainda que, as diversas Constituições, como a Brasileira, prevejam garantias fundamentais de igualdade formal e material entre os gêneros, um estudo aprofundado e análise dos dados, permitem a conclusão de que a prática está muito distante da previsão.

Nosso direito é masculino, condicionado em seu conteúdo por interesse masculino e modo de sentir masculino (especialmente no direito da família), mas masculino, sobretudo, em sua interpretação e sua aplicação, uma aplicação puramente racional e prática de disposições genéricas duras, diante das quais o indivíduo e seu sentimento não contam. Por isso, quis-se excluir as mulheres, também para o futuro, da participação ativa na jurisdição.

RADBRUCH, 1999, p. 146-147

Assim, as incursões dos direitos femininos à luz do ordenamento jurídico brasileiro ainda são pautadas pelas relações patriarcais de manutenção da subserviência da mulher em relação ao homem branco hétero.

3. Sistema penal e cárcere

Como justificativa de conservação da ordem pública, mecanismos visíveis e invisíveis de controle social são instituídos, legitimados pela necessidade de garantia da paz e ordem pública (KROHLING; MIYAMOTO, 2012, p. 228). Assim, as normas de direito penal evidenciam a seletividade desse sistema, como afirma BARATTA (2002, p. 176), “o sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados”.

Nesse sentido, a imposição da pena privativa de liberdade é um tipo de sanção relativamente contemporânea, visto que, por muito tempo, foi utilizada apenas para a guarda do condenado enquanto não se aplicava a sanção penal prevista. É o que explicita BITTENCOURT (2011, p. 28), já que, inicialmente, em meados da Idade Média, as sanções previstas eram pena de morte, penas corporais e infamantes, e, continua afirmando que a prisão

era uma antessala de suplícios, atendendo ao objetivo de contenção e guarda dos réus, preservando-os fisicamente, para o momento de serem julgados ou executados.

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a *reforma do delinquente*. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível *reabilitar* o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista: já não se tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional (...) essa crise abrange também o *objetivo ressocializador* da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade — absoluta ou relativa — de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

BITTENCOURT, 2020, P. 1313-1314

Destarte, o foco da sanção deixa de ser o corpo e passa a atuar sobre a mente do apenado (FOUCAULT, 2014, p. 21), a prisão surge, então, como uma solução adotada por diversos fundamentos, FOUCAULT (2014, p. 224-225) explicita alguns, como, a sua universalidade, isto é, a prisão é um castigo igualitário, custa o mesmo preço a todos, permite uma quantificação e, não se olvide o seu papel de transformar o indivíduo. Logo, age como um sepulcro provisório com o intuito de reformar o mal para que o criminoso possa voltar a sociedade

Em consonância a isso, o fortalecimento do sistema prisional se deu juntamente com a expansão do Estado de Direito, trazendo a previsão legal do comportamento considerado desviado e sua respectiva sanção. Como dispõe BITTENCOURT (2020, p. 306), “a uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade”. Logo, há um destaque da utilização que o Estado faz do Direito Penal, principalmente em relação a pena, uma vez que esta é utilizada para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Logo, segundo BECCARIA (1764, p. 201):

Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, a mínima das possíveis nas circunstâncias dadas, proporcional aos crimes, ditada pelas leis.

Entretanto, no Brasil, “apesar de vivermos sob a égide de uma Constituição democrática, isso nunca impediu que as relações entre o Estado e a sociedade assumissem descaradamente uma face ilegal e arbitrária” (FRANÇA, 2013, p. 57). FRANÇA (2013, p. 57-58) ainda exprime sua percepção através da análise da legislação penal, que se torna cada vez mais severa com a criação de novos tipos ou agravando os existentes e, ainda, legitimando o aumento da repressão policial.

Tem-se, ainda, as péssimas condições físicas e materiais das penitenciárias brasileiras, fator que favorece a não ressocialização do indivíduo. Logo, não é possível se falar em ‘reforma moral’ com pessoas vivendo em cubículos superlotados, sujos e anti-higiênicos, submetidos a

todo tipo de mazela (FRANÇA, 2013, p. 62). Além disso, a taxa de encarceramento só aumenta, conforme dados expedidos pelo Departamento de Segurança Nacional (DEPEN), a população carcerária em 2000 era de 232.755, já em 2019 esse número chega a 748.009. Ainda, segundo o INFOPEN (BRASIL, 2019), há um déficit de vagas de aproximadamente 312.925 vagas, demonstrando a superlotação das penitenciárias brasileiras.

Assim, o sistema prisional é marcado pela opressão e dominação, como afirma BARATTA (2002, p. 167-168), uma vez que o próprio cárcere é um instrumento essencial para a criação de uma população criminosa, pois comporta indivíduos separados da sociedade, pacificando, então, a contínua exclusão dessas pessoas do convívio social.

Ademais, ao se tratar do encarceramento feminino, a realidade vai além dessa estigmatização, já que, são duplamente punidas, seja pela sociedade, seja pelo poder público (SANTOS, 2014, p. 47). No Brasil, em especial, a criminalidade feminina não é largamente estudada, seja pelo fato de muitas vezes a diferenciação entre gênero não ser feita (ISHIY, 2014, p. 86), ou pelo reduzido número de delitos cometidos se comparado à criminalidade masculina.

Nesse prisma, ao se analisar a Lei de Execução Penal, ao ser promulgada no ano de 1984, a menção ao sexo feminino só ocorria em um único artigo. Ao longo dos anos esse diploma normativo passou por diversas alterações a fim de contemplar mais garantias à segurança e saúde da mulher, porém, sua menção ainda é inexpressiva. Ainda, em 1985 foi instituído um documento denominado “Regras Mínimas para o tratamento de reclusos”, em que se vê, como na LEP, poucas normativas consoantes a mulher, porém, acerta em prever, a exemplo, a necessidade de instituições prisionais distintas para homens e mulheres, e, quando não for possível, fazer a separação de alas ou pavilhões, entre outras menções que buscam garantir os direitos da mulher.

Dessa forma, segundo dados estatísticos do Levantamento Nacional emitido pelo DEPEN (BRASIL, 2019), a população carcerária brasileira entre o período de julho a dezembro de 2019 correspondia a 748.009 pessoas privadas de liberdade, em todos os regimes, dentre as quais 36.929 correspondem ao sexo feminino. Assim, de acordo com dados do INFOPEN (BRASIL, 2019), apenas 4,94% da população carcerária nacional é feminina.

Estes números são reflexos da política criminal de encarceramento e, em especial, da dinâmica de punição do tráfico de drogas (ISHIY, 2014, p. 97). Não obstante, uma porcentagem equivalente a 50,94% da população encarcerada feminina está presa por conta do delito de

tráfico de drogas (INFOPEN, 2019). Realidade distinta é a do encarceramento masculino, em que, os crimes contra o patrimônio representam a maior ocorrência delituosa (INFOPEN, 2019).

4. A mulher e o sistema carcerário:

A mulher por muito tempo foi limitada a duas funções na sociedade: reproduzir e cuidar. Nesse sentido, devido a diferenças biológicas, a mulher era vista com um ser inerte e submisso, incapaz de manifestar comportamentos transversos. Logo, qualquer desvio da conduta reputada padrão feminina era entendida como uma patologia, pois a mulher era considerada inferior ao homem e incapaz de mudar seu comportamento letárgico (GERMANO et al, 2018, p. 32).

Assim, o presídio – como tantos outros espaços na sociedade – foi modelado para compatibilizar-se apenas com a presença do ser masculino. As mulheres, então, recebiam formas diversas de punição, desde internamento psiquiátrico a intervenções religiosas, pois seus desvios eram assimilados à loucura ou ao pecado (DEBASTAINI et al, 2018, p. 02). Nesse contexto, o desenvolvimento da estrutura carcerária excluiu a presença das mulheres, que, decorrente de aspectos biológicos ligados ao sexo, necessitam de condições objetivas singulares às ofertadas aos presos masculinos.

Ainda, é latente às diversas doutrinas penalistas de que o encarceramento é a forma mais severa de punição presente no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que os efeitos desse instrumento coercitivo empurram o indivíduo ainda mais para as margens da sociedade, além dos efeitos psicológicos consequentes da cessão da liberdade (GODOI, 2011, p. 143). À vista disso, a forma que o sistema prisional comporta as mulheres torna ainda mais letal o ambiente do cárcere, devido às inadequações para sustentar os direitos e as particularidades das mulheres aprisionadas.

Destarte, tem-se uma instituição carcerária que denega direitos fundamentais e assistência adequada, contudo, isso não é um problema ligado apenas às prisões femininas, como SILVA (2015, p. 155) constata:

A ineficiência do sistema ocorre independentemente de critérios de gênero, ou seja, tanto em prisões masculinas, como em femininas, contudo, a forma como estas instituições são organizadas, assim como os recursos a elas destinados – sejam eles materiais, humanos ou financeiros –, influenciam diretamente na melhor ou pior aplicabilidade da pena prisão, resultando em condições de maior precariedade no sistema prisional feminino que, por diversas motivações (...), é relegado às “sobras” das limitadas ações propostas ao sistema prisional masculino.

Desse modo, as necessidades específicas das mulheres, como o acesso aos produtos próprios de higiene, a saúde ginecológica, a gestação segura, a amamentação e a garantia da proteção aos direitos sexuais e reprodutivos são demandas invisibilizadas no sistema carcerário, uma vez que o déficit do respectivo sistema e a omissão do poder público contribuem para a não efetivação dos direitos das mulheres apenas (SOUZA, 2019, p. 10). Ora que, essa omissão dos entes estatais em ceder tratamento personalizado as mulheres, fere o princípio da individualização da pena, que segundo CUNHA (2016, p. 110), refere-se ao dever de, ao aplicar a pena, atentar-se a gravidade do fato cometido e, principalmente, as condições específicas do seu autor.

Assim, pela falta de tratamento singular ofertado às mulheres e inadequação às necessidades femininas, “as detentas recebem o mesmo tratamento que os homens” (MARINHO, 2018, p. 6), logo, não há observância de distinções que respeitem as características individuais das mulheres. Dessa forma, as mulheres em privação de liberdade são submetidas a um sistema que as pune não apenas pelo crime cometido, mas também por serem mulheres.

Ressalta-se ainda que, segundo dados do Sistema de Informações Penitenciárias, o INFOPEN (BRASIL, 2018), o Brasil ocupa a quinta posição do *ranking* mundial em números absolutos de mulheres encarceradas, ou seja, o Brasil é o quinto país do mundo que mais prende mulheres. Tais dados se tornam ainda mais sensíveis ao se analisar quem são as mulheres que estão sendo aprisionadas. Assim, é necessário realizar um recorte de classe e raça para se entender como funciona a ótica do cárcere no Brasil.

Nesse prisma, o INFOPEN (2014), mostra em seus dados que grande maioria das mulheres aprisionadas no Brasil são mães negras e responsáveis pelo sustento da família. Um perfil de mulher que já carrega consigo estigmas e desamparos ocasionados pela falta de políticas públicas e pelo sistema de necropolítica que rege o Estado brasileiro.

A necropolítica, termo cunhado por MBEMBE (2011, p. 137), diz respeito a uma forma de controle social exercida pelo Estado que se vale do genocídio da população negra para eliminar aqueles indivíduos que não tem poder produtivo e de aquisição frente ao mundo capitalista. Logo, as relações sociais são delineadas pelo capital e geridas de forma a impedir que a população marginalizada construa um potencial emancipatório.

Assim, tal política aliada ao alto grau de desigualdade racial, social e de gênero no país torna a mulher negra a mais vulnerável. Desse modo, a criminalidade que envolve a mulher

negra é um sintoma de um Estado que mina as formas de sobrevivência que ela e sua prole deveriam ter acesso (BOCCHI, 2019, p. 141).

Nesse sentido, vê-se que a realidade da mulher negra é diferente da mulher branca, uma vez que as mulheres negras são impulsionadas a permanecerem nas margens da sociedade, sem possibilidade de escaparem da violência e da pobreza. Logo, o cárcere se vale da questão racial e patriarcal ao aprisionar em massa mães negras como empreendimento para segregar etnias.

Ainda, a falta de oportunidades laborais cedidas às mulheres e o fato de receberem menores salários são aspectos que corroboram para que a mulher, principalmente a mãe que garante o sustento da família, recorra ao crime para auxiliar a sua subsistência. Logo, a relação mulher-crime vai além da ocorrência de um fato típico (HELPEL, 2013, p. 170). Assim, tem-se, em sua maioria, mulheres encarceradas devido ao tráfico de drogas, a qual, dentro do sistema do tráfico, desempenham tarefas simples e de subordinação, como o transporte das substâncias, por influência de seu companheiro ou familiares. Logo, “(...) a mulher atua muito mais como coadjuvante, sendo que o protagonista nessa situação geralmente é do sexo masculino e sempre estão ligados por laços de afetividade, como irmãos, parceiros, parentes” (SALMASSO, 2004, p. 20 *apud* VERGARA, 1998, p. 30). Desse modo, o contexto social no qual a mulher se encontra exerce influência na sua inserção ao tráfico.

Por conseguinte, a vulnerabilidade da mulher mãe no sistema prisional brasileiro impacta também a estrutura familiar a qual compõe, uma vez que, por questões socioculturais, o abandono e omissão paterna é extremamente presente na forma como a parentalidade acontece no Brasil. Assim, exige-se das mulheres encargos superiores dos exigidos aos homens quando se trata da criação dos filhos, já que a mãe é vista socialmente como a responsável pela criança (MORENO, 2019, p. 14). Desse modo, a relação entre mulher e cárcere é atravessada, também, pelas relações familiares.

5. A maternidade e a subjetividade feminina no cárcere

É necessário, primeiramente, salientar que mesmo que a instituição família tenha adquirido novos contornos estruturais à luz das lutas dos movimentos sociais, ainda existem questões multifacetadas tangentes a situação da mulher que imperam no arranjo familiar contemporâneo, como a violência doméstica, a misoginia e a divisão sexual do trabalho. Aqui, a divisão sexual do trabalho, para o atual estudo, será analisada mais enfaticamente.

Nesse sentido, quando se fala de divisão sexual do trabalho se fala a respeito de “relações hierarquizantes de opressão e exploração entre os sexos” (CISNE; SANTOS, 2018,

p. 45). Logo, é a partir da dualidade entre feminino e masculino que é delimitado quem deve realizar determinada atividade perante a sociedade.

Dessa maneira, segundo SILVA; PARRIÃO (2021, p. 1483), “em uma sociedade patriarcal, tanto homens quanto mulheres são socializados com aprendizados que os diferenciam socialmente em grupos sexuais com papéis e atitudes naturalizados como de homem e de mulher”. Assim, a divisão sexual do trabalho, principalmente do trabalho doméstico, impõe controle sobre os corpos femininos e as impedem de transgredir esses papéis de gênero.

Nesse prisma, “a mulher trabalhadora, em geral, realiza sua atividade de trabalho duplamente, dentro e fora de casa (...)” (ANTUNES, 2009, p. 108). Ora que, devido aos papéis de gênero, a mulher é socialmente responsável pelo trabalho doméstico e também por criar os filhos, logo, é incumbida de educar e alimentar a sua prole sozinha. Assim, essa condição de subalternidade acompanha a mulher em todos os espaços da coletividade, inclusive no cárcere. Como demonstram JÚNIOR; COHN; BARETTA (2021, p. 204-205):

A mãe presa encontra-se em situação de vulnerabilidade e risco a partir da sua entrada na unidade prisional por sua própria condição como mulher, tornando-se a situação ainda mais delicada quando esta se percebe na condição de mãe ou gestante, independentemente do período de gestação da gravidez.

Nesse sentido, a situação da mulher mãe no cárcere impacta imensuravelmente o núcleo familiar a qual pertence, uma vez que o estado de sub-humanidade em que vivem nas prisões causam efeitos negativos também em seus filhos. Logo, não é apenas a mulher criminosa que cumpre a pena, mas também a sua prole, uma vez que o exercício da maternidade na prisão não recebe assistência adequada (ORMEÑO; STELKO-PEREIRA, 2015, p. 434). Destarte, como a responsabilidade da criação dos filhos é repassada totalmente à mulher, o cárcere se torna um impeditivo de que a mãe ampare os filhos.

Desse modo, o ambiente prisional – que não é adequado às mulheres, tampouco às crianças – tem relação direta com a relação entre a mãe aprisionada e o bem-estar dos filhos na primeira infância, fase em que a criança necessita de extrema atenção materna, pois depende do aleitamento e contato com a mãe (PARAGUASSÚ; BAQUEIRO, 2019, p. 19).

Posto isso, o legislador, por entender as necessidades das crianças, no inciso L, do art. 5º da CF/88, assegura às presidiárias “condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Ademais, a Lei Federal 7.210, de 11 de julho de

1984, que institui a Lei de Execução Penal, em seu §2º, do art. 82, prevê que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”.

Entretanto, de acordo com o INFOPEN (2018), o Brasil dispõe de apenas 54 unidades que contenham cela ou dormitório para gestantes e apenas 3,20% possuem berçário e/ou centro de referência materno-infantil. Com base no exposto, percebe-se que o alcance do direito à segurança e dignidade das detentas não apresenta efetividade e eficácia. Assim, permanece apenas na superfície da dimensão do dever-ser do direito, uma vez que a realidade das mulheres mães é que a prisão se torne uma barreira que as impedem de preservar os laços familiares. Ora que, segundo GUERRA; MATTOS; LIMA (2021, p. 30):

A responsabilidade por esse cenário, recai sobre os nossos três poderes visto que, o maior problema do Estado de Coisa Inconstitucional não seja apenas de sua teoria, interpretação ou aplicação, mas da inércia e omissão que gera ausência de medidas legislativas, orçamentárias e administrativas capazes de consertar a falha estrutural que gera a violação dos direitos e agravamento da situação.

À vista disso, a pena dada a uma mulher mãe não segue o princípio da intranscendência da pena, que discorre sobre a pessoalidade da sanção, a qual não pode passar da pessoa condenada, uma vez que é notório que a penalidade imputada a uma mulher ultrapassa essas barreiras a partir do momento em que as prisões encarceram as crianças juntamente com suas mães (OLIVEIRA, 2014, p. 161). Dessa forma, os filhos da mulher apenada também sentem os efeitos do cárcere.

6. Conclusão

Com base no que foi apresentado, percebe-se que a mulher continua a ocupar um papel estigmatizado, sendo silenciada e invisibilizada pela sociedade patriarcal. Nesse passo, no tocante a mulher encarcerada, a complexidade dessa opressão chega a níveis que merecem ainda maior reflexão, em especial quando se discorre sobre a maternidade dentro das prisões.

Assim, o presente estudo buscou demonstrar, inicialmente, a percepção da condição de mulher na estrutura social, como um sujeito invisível. Demonstrou-se que, por muito tempo, a mulher era considerada o “Outro”, logo, não detinha existência autônoma, mas sim uma vida condicionada a subserviência ao homem do seu núcleo familiar. Ao sair da subordinação familiar a qual a mulher está imposta, surge um Estado discriminador e opressivo. Ao analisar normativas do Código Penal e Lei de Execução Penal, percebe-se que estes foram promulgados para a proteção de um tipo de mulher cabível em uma estrutura machista, que busca preservar o *status quo*, a mulher submissa e inocente.

Logo, os aparatos normativos nacionais, principalmente a Constituição Federal, procuraram equalizar as posições de gênero perante a coletividade, garantindo a igualdade de gênero. Entretanto, este é apenas mais um entre o rol dos direitos que não são efetivados pelo Estado.

Ademais, o estudo demonstra que o cárcere não foi um ambiente planejado para a permanência de mulheres, assim, torna-se apenas mais um lugar de anulação da mulher, da sua dignidade e subjetividade. Logo, as prisões femininas contam com a negativa de diversos direitos da mulher, em especial da mulher mãe, gestante e lactante.

Nesse sentido, é o presídio responsável por anular a mulher como sujeito de direitos valendo-se de um Estado conivente com a opressão e exclusão de mulheres, especialmente das mulheres negras. Dessa forma, a manutenção de uma classe economicamente desprezada em situação de insalubridade dentro dos presídios e fora da vista dos cidadãos de bem faz parte de uma política econômica e social que prega a morte de mulheres pretas e pobres.

Frisa-se que este estudo não busca o esgotamento do tema, ou a produção de soluções prontas, mas sim maximizar as vozes daquelas que se encontram silenciadas. Busca-se implementar o diálogo, abordando a realidade, que se difere da teoria.

7. Referências

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 108.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3º Edição – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**, 2. Edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, versão original, 1764. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOCCHI, Alne Fernandes De Azevedo. Da Senzala ao Cárcere: Corpo e Maternidade às Margens da História. **Fragmentum**, n. 54, Santa Maria, jul/dez, 2019, p. 141. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/287358144.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BOURDIEU, Pierre. A Dominação Masculina. 2º ed, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 22.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

BRASIL, **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Dados Consolidados do Sistema Penitenciário Nacional. Disponível em: < Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - junho_2019 - Ministério da Justiça e Segurança Pública (mj.gov.br)> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

BRASIL, **Informações Penitenciárias, INFOPEN**, jun. 2014. Disponível em: < <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2021

BRASIL, **Informações Penitenciárias, INFOPEN**, 07 mar. 2018. Disponível em:

<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

BRASIL, **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984 que institui a Lei de Execução Penal.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

CISNE, Mirla; SANTOS, Silvana Mara Morais dos. **Feminismo, diversidade sexual e serviço social**. São Paulo: Cortez, 2018, p. 45.

Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 110.

DEBASTIANI, Joana Silvia Mattia et al. A Criminalidade Feminina à Luz das Diferentes Correntes Criminológicas. **Anais eletrônicos do VII Seminário Corpo, Gênero e Sexualidade**, do III Seminário Internacional Corpo, Gênero e Sexualidade. Porto Alegre, 2018, p 02. Disponível em:

<<https://seminariocorpo generosexualidade.furg.br/images/arquivo/243.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. 42. Edição, Petropólis: Vozes, 2014.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero. **Revista Ártemis**, Vol. XVIII nº 1; jul-dez, 2014. pp. 212-227. Disponível em: < Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero | Revista Ártemis - Estudos de Gênero, Feminismos e Sexualidades (ufpb.br)>. Acesso em 19 de fevereiro de 2021.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. **Prisão, tráfico e maternidade: um estudo sobre mulheres encarceradas**. Tese de doutorado: Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, 2013. Disponível em: < Repositório Institucional da UFPB: Prisão, tráfico e maternidade: um estudo sobre mulheres encarceradas>. Acesso em 19 de fevereiro de 2021.

GERMANO, Idilva Maria Pires et al. Criminologia Crítica, Feminismo e Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 38, n. 2, Ceará 2018, p. 32. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98932018000600027&script=sci_arttext>. Acesso em: 22 fev 2021.

GODOI, Rafael. Para uma reflexão sobre os efeitos sociais do encarceramento. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 5, n. 1, São Paulo, mar. 2011, p. 143. Disponível em: < <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/88/85>>. Acesso em: 18 fev. 2021

GUERRA, Ana Paula Vieira; MATTOS, Clarisse da Costa Rocha; DE CARVALHO LIMA, Thaís. Gênero e cárcere. **Jornal Eletrônico Faculdade Vianna Júnior**, v. 13, n. 1, Juiz de Fora, 11 fev. 2021, p. 30. Disponível em: < <https://jefvj.emnuvens.com.br/jefvj/article/view/816/752>>. Acesso em: 03 mar. 2021

HELPEZ, Sintia Soares. Mulheres na prisão: Uma reflexão sobre a relação do Estado brasileiro com a criminalidade feminina. **Cadernos de Estudos Sociais e Políticos**, v. 2, n. 3, Rio de Janeiro, jan. 2013, p. 170. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/19015-61945-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em: 24 fev. 2021.

ISHIY, Karla Tayumi. **A desconstrução da criminalidade feminina**. 2014. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Acesso em: 19 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11022015-082103/publico/Dissertacao_A_Desconstrucao_da_Criminalidade_Feminina.pdf>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

JUNIOR, Almir Santos Reis; DA SILVA COHN, Ana Clara; BARETTA, Gilciane Allen. Maternidade no cárcere. **Revista Vianna Sapiens**, v. 12, n. 1, Juiz de Fora, 23 fev. 2021, p. 204-205. Disponível em: <https://viannasapiens.emnuvens.com.br/revista/article/view/722/387>. Acesso em: 05 mar. 2021.

KROHLING, Aloisio; MIYAMOTO, Yumi. Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada. **Direito, Estado e Sociedade** n.40 - p. 223 a 241- jan/jun 2012. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo40.pdf>. Acesso em 19 de fevereiro de 2021

MARINHO, Laionel Rosa. **O princípio da individualização da pena aplicada às mulheres em situação de cárcere**. Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da FUCAMP - Fundação Carmelitana Mário Palmério. Monte Carmelo, MG. 2018. p. 06. Disponível em: <http://repositorio.fucamp.com.br/bitstream/FUCAMP/276/1/Principioindividualizacaopena.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

MBEMBE, A. **Necropolítica**. Madrid: Melusina, 2011, p. 137.

MORENO, R. F. C. **Entre a família, o Estado e o mercado:** mudanças e continuidades na dinâmica, distribuição e composição do trabalho doméstico e de cuidado. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019, p. 14. Disponível em:

<<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-02102019>

150924/publico/2019_RenataFaleirosCamargoMoreno_VCorr.pdf>. Acesso em 22 fev. 2021.

OLIVEIRA, Sara Mariana Fonseca Nunes De. O Desrespeito ao Princípio da Intranscendência da Pena: Seu Impacto Sobre o Núcleo Familiar. **Revista Transgressões**, v. 2, n. 1, 2014, p.

161. Disponível em: < file:///C:/Users/Usuario/Downloads/6653-Texto%20do%20artigo-16675-1-10-20150209.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2021.

ORMEÑO, Gabriela; STELKO-PEREIRA, Ana Carina. Filhos nascidos no cárcere e as dificuldades do exercício da maternidade em ambiente prisional. **Psicologia Argumento**, v. 33, n. 82, Curitiba, 2015, p. 434. Disponível em: <

<https://periodicos.pucpr.br/index.php/psicologiaargumento/article/view/19979> >. Acesso em: 25 fev. 2021.

PARAGUASSÚ, Ângelo Silva; BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Filhos do cárcere:**

a relação das mulheres em situação de privação de liberdade com seus filhos. Dissertação (graduação em Direito), Universidade Católica de Salvador, 17 jun. 2019, p. 19. Disponível em: < <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/901>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 146-147.

SALMASSO, Rita de Cássia, Criminalidade e Condição Feminina: Estudo De Caso Das Mulheres Criminosas E Presidiárias De Marília – SP. **Revista de Iniciação científica da FFC**, v. 4, n.3, São Paulo, 2004, p. 30. Disponível em: <

<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/ric/article/view/97> >. Acesso em: 24 fev. 2021.

SANTOS, June Cirino dos. **Encarceradas: a mulher em face do poder punitivo do Estado**.

Monografia apresentada ao Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: < Microsoft Word - MONO 02.docx (ufpr.br)>. Acesso em 19 de fevereiro de 2021.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades**: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina. São Paulo: Editora UNESP, 2015, p. 155. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/vjtsp>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

SILVA, Lorena Alves; PARRIÃO, Karoline Rodrigues. Gênero e divisão sexual do trabalho: o cuidado e a responsabilidade dos filhos pela mulher, como expressão da desigualdade de gênero. **Anais do VI Simpósio Gênero e Políticas Públicas**, v. 6, 14 jan. 2021, p. 1483. Disponível em: <<http://anais.uel.br/portal/index.php/SGPP/article/view/1155>>. Acesso em: 25 fev. 2021.

SOUZA, Kassandra Costa de. **Sistema Prisional Brasileiro sob a Perspectiva de Gênero: Mães e Mulheres no Cárcere**. Dissertação apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio. Juazeiro do Norte, 2019, p. 10. Disponível em: <<https://unileao.edu.br/repositoriobibli/tcc/KASSANDRA%20COSTA%20DE%20SOUSA.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

FRESH START NA REFORMA FALIMENTAR: ASSEGUANDO O DIREITO DA LIVRE INICIATIVA

FRESH START IN THE BANKRUPTCY REFORM: ASSURING THE RIGHT OF FREE ENTERPRISE

Diego Franco Veloso¹

Resumo: Mostrando-se deficitário para salvaguardar direitos como a livre iniciativa e celeridade processual, o sistema falimentar foi reformado pela Lei 14.112/20. Destaca-se a novidade do “fresh start” do empresário falido, afastando o estigma da quebra e evitando a marginalização decorrente do impedimento de exercício de atividade empresária por longos períodos. Para demonstrar como tal inovação visa, por meio de garantias constitucionais, aprimorar a livre iniciativa, será utilizada pesquisa bibliográfica para, por meio de método hipotético-dedutivo, fazer breve panorama da importância constitucional da livre iniciativa e da celeridade processual, apresentar o ponto da reforma falimentar e firmar a relação entre norma constitucional e concursal, consultando doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Falência, fresh start, ordem econômica, livre iniciativa, reabilitação.

Abstract: Failing to safeguard rights like the free enterprise and the reasonable length of the process, the bankruptcy system was reformed by Lei 14112/20. Noticeable is the “fresh start” of the bankrupt entrepreneur, pulling back the stigma of breaking and avoiding the marginalization due to the long hindrance period to practice business. To show how this innovation seeks to, through constitutional guarantee, improve the free enterprise, bibliographical research will be used, with the intent to, using the hypothetical-deductive method, make a brief overview of the constitutional relevance of the free enterprise and the procedural promptness, presenting the insolvency reform and establishing the correlation between constitutional and bankruptcy law, using for that the doctrine and the jurisprudence.

Keywords: bankruptcy, fresh start, economical order, free enterprise, rehabilitation.

Sumário: 1.Introdução. 2 Livre iniciativa 3 Celeridade processual 4.Ineficácia da 5. O fresh start na Lei 14112/20 5.1 Quanto a alienação de ativos 5.2 Encerramento da falência 5. Conclusão

1. Introdução

Derivada do risco, a crise é um elemento corriqueiro de um sistema capitalista de produção, tem inúmeras configurações e inúmeros culpados. Segundo SACRAMONE (2021, p.53), a crise é o aspecto negativo do princípio da livre iniciativa e dos benefícios indiretos que proporciona à toda a coletividade por meio da produção de produtos e serviços quando realizada de maneira exitosa.

Uma sistemática de direito falimentar visará sempre ser um estímulo à economia e à atividade empresária, preparando as condições mais saudáveis para o enfrentamento de uma situação de crise, visando o maior aproveitamento econômico. Inserida como um recurso à disposição daqueles que são reconhecidos como habilitados a gozar de tal benefício, a falência é resultado de uma evolução da execução e da atividade empresária, que sai da punição física

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp). São Paulo, São Paulo e-mail: diegofrancoveloso@gmail.com

do devedor e passa a uma proteção da coletividade e da economia, como aponta CERZETTI (2012, p.83). O instituto é invocado quando o passivo de um devedor empresário supera em valor o seu patrimônio total, não restando possibilidade para reverter a crise de adimplemento senão a execução concursal.

Ainda que se apresente como o fim da atividade empresarial, a falência possui uma principiologia descrita em detalhes pela nova redação do Artigo 75 da L11.101/05, que afirma a preservação e otimização da utilização produtiva dos bens, concede instrumentos de liquidação para realocação de recursos na economia e, de suma importância, fomenta a livre-iniciativa, sendo um dos meios para tal o retorno célere do empresário à atividade econômica, conhecido como *fresh start*.

A falência é um dispositivo que busca gerar o máximo de valor possível. Para tal, cria-se uma rede de segurança por meio da extinção da falência, no qual mesmo que todos os créditos ainda não tenham sido pagos, o procedimento pode ser encerrado e o crédito pendente é extinto. É o que dita o Artigo 158, inc. II e V da L11.101/05, que dão as circunstâncias de encerramento da falência. Muito diferente do sistema de insolvência civil, que só se encerra com o adimplemento total das dívidas, a insolvência empresarial traz maiores regalias, justificadas pela importância da atividade empresarial na ordem econômica constitucional como centro de empregos, obrigações e tributos.

A interpretação da atividade empresarial como dotada de função social é a razão para tal benefício. A importância da disciplina do Direito Comercial como interesse nacional é de tal magnitude que resta como competência exclusiva da União (CF Art.22, I). Garantir a manutenção da atividade empresarial é garantir os ideais da ordem econômica.

Os 15 anos de vigência da Lei 11.101/05 foram marcados por procedimentos falimentares que demonstraram casos contrários à duração razoável do processo, perdurando por anos e retendo valores de maneira destrutiva. Também por falta de celeridade acaba impedindo o empresário falido de dar continuidade à sua vida profissional, tendo em vista o impedimento de exercício imposto pela norma falimentar. Há violência contra os princípios constitucionais trazidos pelo Art. 5º LXXVIII e pelo Art. 170 *caput* da CF, que tratam, respectivamente, da celeridade processual e da livre iniciativa. A manifestação destes princípios de maneira explícita na reforma do direito falimentar trazida pela Lei 14.112/20 vem para reduzir as disfunções da redação anterior e efetivar os princípios constitucionais apontados.

2. Livre iniciativa.

Advinda de uma extensão da afirmação de direitos constitucionais da segunda geração, a livre iniciativa tem sido um dos pilares da formação da ordem econômica constitucional presente na Constituição de 1988. No *caput* do Artigo 170 da Constituição, lê-se:

Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]

Em mesmo sentido, o Art 1º da CF/1988:

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

[...]

IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Como todo princípio constitucional, aqui o significado deve ser interpretado de acordo com o conjunto e o caráter dirigente da CF/88. Quem dá a análise mais completa da ordem econômica (e da livre iniciativa como um recorte) na Constituição Federal é Eros GRAU (2010, p.202), que entende no enunciado do Art 1º, IV implícitos “[...]o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa.”, como não poderia deixar de ser em uma Constituição de caráter dirigente como a CF/88.

As duas faces da realização dos benefícios sociais da ordem econômica dependem da efetivação da liberdade para exercer atividade econômica, sendo a livre iniciativa uma expressão de trabalho humano e dignidade da pessoa humana, de acordo com GRAU (2018, p. 1885).

A atuação do Estado na esfera da livre iniciativa deve direcionar o arcabouço constitucional a fim de corrigir as assimetrias e garantir que a livre iniciativa seja o instrumento de fundamentação da ordem econômica, por meio do regramento do direito comercial. De acordo com a doutrina:

Sem um regime econômico de livre iniciativa, de livre competição, não há direito comercial. Ao nível da legislação ordinária, o direito complementa tais pressupostos constitucionais, procurando garantir a livre iniciativa e a livre competição através da repressão ao abuso do poder econômico e à concorrência desleal”(COELHO, 2011 p.46)

Ressaltando o caráter orientador da Constituição no regramento comercial:

“[...] onde são encontrados os comandos que, em nível superior, tutelam e direcionam a atividade empresarial, tais como a liberdade negocial (expressão do princípio da autonomia privada), as regras da função social da propriedade, a ordem econômica e social e o Sistema Financeiro nacional. A organização econômica da atividade (empresa) surge, portanto, como um direito reconhecido às pessoas, ao qual são impostos certos limites, no interesse da coletividade como um todo[...](VERÇOSA, 2014, p.70)

Dessa ideia apreende-se que direitos não agem no éter, e a livre iniciativa, mesmo compreendida como uma proteção contra possíveis arbitrariedades do Estado não deve ser

levada às últimas consequências; deve levar em conta a teleologia de tal liberdade e sua função como instrumento social, que motiva a proteção que lhe é concedida:

“a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso” (GRAU 2018,p.1884)

A conceituação concatena-se com o entendimento trazido pelo ordenamento infraconstitucional acerca da matéria comercial. A chamada constitucionalização do direito privado vê-se concretizada em institutos como a “função social” e a “boa-fé” para afastar possível corroboração do direito com condutas egoístas, e antinômicas.

Ainda que não seja a única forma de realização de tais objetivos, mas apenas a preferida no sistema capitalista, como aponta GRAU (2018, p.1885), o reconhecimento da empresa como o centro de geração de emprego e tributos pela ordem constitucional é evidente e consolidado, entendendo a empresa como um método organizado de realização de bens e serviços. Esse entendimento advém de uma evolução no conceito de direito comercial no Brasil, no qual se assumiu a empresa como o centro da disciplina em detrimento dos atos e da qualificação pessoal, por influência de autores italianos como Ascarelli e Asquini, trazidos e aperfeiçoados no Brasil por nomes como Fábio Comparato e Waldemar Ferreira.

Sendo a empresa o objeto por excelência da atividade econômica, faz-se tarefa necessária impor o cumprimento dos preceitos constitucionais a que lhe diz respeito, a ver a função social.

A função social é matéria de discussões infindas. Para trazer uma conceituação simples:

[...]pode-se dizer que cumprir uma função social implica assumir a plenitude da chamada responsabilidade social, vale dizer, a consciência que todos nós temos, em maior ou menor grau – como cidadãos em geral, ou como empresários, em particular-, o indeclinável dever ético de pôr em prática as políticas sociais tendentes a melhorar as condições e a qualidade de vida de todos os nossos semelhantes. (DE LUCCA, 2009, p. 329)

A especial preocupação com a proteção da empresa e da livre iniciativa mostra-se explicitamente em duas normas recentes: a Lei 13847/19 que trouxe a Declaração de Direitos da Liberdade econômica e a aqui tratada reforma da legislação falimentar (L14112/20). Tais dispositivos são motivados por uma preocupação com a manutenção da atividade produtiva, especialmente durante as cada vez mais frequentes crises econômicas que assolam o país; tem o intuito de assegurar fontes pagadoras de tributos e centros de emprego.

Portanto, como visto acima, o impedimento da prática da atividade econômica é uma medida restritiva de alto impacto, bloqueando direito ao qual a Constituição dá especial importância como ferramenta para efetivar o pleno emprego, o desenvolvimento econômico,

propiciar o pagamento de tributos e a exploração da atividade econômica de maneira organizada e com respeito às funções sociais respectivas. Não há como mitigar tal diretriz.

3. Celeridade processual

Celeridade processual é a concessão de tutela jurisdicional em tempo razoável para que a razão de demandar uma resposta do Estado à situação de crise jurídica.

Introduzido pela EC45/04 na redação da Constituição, o inciso LXXVIII do Art 5º da CF/88 aponta:

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:

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

ARRUDA (2018, p. 541) aponta que esta norma constitucional complementa a diretriz da EC19, que insere na principiologia a eficiência da administração pública.

O doutrinador ARRUDA (2018, p. 544) nota que o destinatário principal da celeridade processual é em última instância a atuação do Estado-juiz. Isso cria um paradoxo para casos de violação deste dever constitucional: a via para pleitear uma duração razoável do processo por morosidade no judiciário seria por via do próprio judiciário. Sugere então que a fim de tornar efetiva a proteção a tal direito que se mantenha aberta a jurisdição para aplicação de remédios constitucionais pertinentes.

O reconhecimento da EC45/04 e sua importância quanto a reforma do judiciário é um aceno bem vindo a uma maior eficiência do processo, o que tem sido reconhecido nas instâncias superiores como um imperativo e nas inferiores como uma necessidade para descongestionar a via processual.

Por tratar-se de um conceito abstrato e casuístico, a razoável duração do processo tem sido interpretada de acordo com certos requisitos para respeitar as peculiaridades de cada processo, como aponta ARRUDA (2018, p. 544): complexidade fática, jurídica e probatória do caso, quanto ao comportamento das autoridades e sua conformidade com os princípios da administração pública e por fim, quanto ao comportamento dos litigantes e se tem agido em conformidade com princípios como a boa-fé e sem comportamentos protelatórios.

A jurisprudência das cortes superiores tem se confrontado com o tema considerando estes quesitos, a citar o RE 1211103/PR acerca de demora de 6 anos para realizar medidas

administrativas por parte do Procon, a fim de reconhecer prescrição não prevista na legislação estadual paranaense pela eminente violação ao preceito constitucional, favorecendo o administrado em nome da segurança jurídica.

Ainda que o problema se observe no dia a dia de forma materializada na atuação dos órgãos julgadores, também é papel do Legislativo efetivar as diretrizes previstas pelo ordenamento constitucional quanto ao assunto. ARRUDA (2018, p. 543) assinala:

“[...] visualizamos duas espécies de intervenções legislativas assecuratórias do direito em estudo. Em primeiro lugar competirá ao legislador estabelecer um sistema procedimental que viabilize a tramitação dos processos em tempo razoável.[...] Por outro lado, é necessário que o legislador atue de forma a dar uma proteção mais efetiva ao direito fundamental, estabelecendo meios e fórmulas processuais específicas de exercício de direito, fixando eventuais consequências processuais para casos de lesão e critérios de definição de razoabilidade, entre outros desenvolvimentos úteis.

A bandeira da celeridade tem sido levantada com especial afincio, tendo culminado como um dos motivos centrais da reforma da legislação processual cível, sendo destaque no CPC/2015. Na exposição de motivos deste diploma, consta:

“Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. 11 Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, 12 é ausência de justiça.[...] antes de ser expressamente incorporado à Constituição Federal em vigor (art. 5º, inciso LXXVIII), já havia sido contemplado em outros instrumentos normativos estrangeiros (veja-se, por exemplo, o art. 111 da Constituição da Itália) e convenções internacionais (Convenção Europeia e Pacto de San Jose da Costa Rica). Trata-se, portanto, de tendência mundial (BRASIL, 2010)”

Por influência desta mudança e indiscutivelmente sob uma nova ótica do direito processual, agora com mecanismos de efetivação de celeridade (seja por meio dos IRDR, da redução do rol de agravos, entre outros), a legislação falimentar passa por uma adequação com a L14112/20, trazendo mais celeridade para necessidades como a venda de ativos em bloco, métodos de venda, habilitação de créditos no procedimento e, mais importante, a reabilitação do empresário para retomar a atividade econômica por meio do encerramento da falência.

O cenário de morosidade nos procedimentos concursais brasileiros é notável. Como mostra FUNCHAL (2019):

“Ainda na comparação com outros países, a duração do processo judicial em casos de falência ou de recuperação na América Latina é de 2,9 anos, enquanto no Brasil o tempo é de quatro anos. Vale destacar que, antes da reforma proporcionada pela Lei 11.101, esse prazo durava, em média, 10 anos no Brasil.”

Finalizar o procedimento falimentar em tempo hábil é grande razão de ser da reforma legislativa.

4. Ineficácia da Lei falimentar

A Lei 11.101/05 chegou ao ordenamento jurídico brasileiro com a árdua tarefa de modernizar uma sistemática vigente desde 1945 (Dec. Lei 7661/1945). Era um dispositivo com

uma teleologia bem específica do período do Estado Novo, demonstrando um entendimento de empresa de maneira instrumental. Hoje, TELLECHEA *et al* (2018, p. 192) apontam que o DL7661/45 foi ‘retumbante fracasso’, falhando em impedir o desaparecimento da massa e a fraude aos credores, incentivando a improbidade geral das obrigações.

Vindo para remediar um cenário que perdurou por boa parte da maturidade econômica do país, a Lei 11.101/05 trouxe mecanismos que reforçam a importância da atuação do juízo falimentar, a supervisão do administrador judicial como figura técnica, a centralização das execuções em único juízo, a possibilidade de iniciar os procedimentos sem que todos os credores tenham se habilitado no prazo. As mudanças benéficas foram muitas, e o dispositivo ganhou força para efetivar sua principiologia: proteger a fonte produtora e realizar ativos de empresas cuja crise não fosse reversível. No entanto, a recuperação de crédito falimentar no Brasil ainda apresentava resultados pouco animadores, em especial pela morosidade na realização de ativos. A morosidade traz não apenas a destruição de valor do patrimônio da massa falida, que sofre intempéries do tempo, custos com depósitos, leilões, deliberações e ações que correm acerca do bem e outros, mas sofre especialmente o empresário pelo impedimento de retomar suas atividades empresariais enquanto o ativo não for plenamente realizado.

Ainda que pareça um mecanismo eminentemente executivo, não se deve pensar na falência como apenas uma liquidação. Por meio das reuniões assembleares, do afastamento da antiga estrutura do comando da empresa e da atuação do Administrador Judicial, é do interesse da massa como um todo que as vendas por valores mais altos sejam realizadas. No entanto, falências são situações que convocam os interesses individuais, tanto de credores quanto de devedores e devem ser supervisionados a fim de prezar pela função social falimentar.

PUGLIESI (2013, p. 276) realiza estudo ímpar para conceituar o valor social da preservação da empresa no procedimento falimentar. De acordo com a autora, os credores da empresa em falência passam a ser os maiores interessados no melhor aproveitamento dos ativos, dando a lei o instrumental para que o maior valor possível seja efetivado:

[...] a alienação antecipada dos bens, a priorização da venda dos ativos em bloco do devedor, a inexistência da sucessão fiscal e trabalhista, e assim por diante.[...] buscam manter o elo da unidade econômica que lhes agrega o valor de empresa[...] (PUGLIESI, 2013, p. 279-280)

Infelizmente, passados 15 anos de vigência da norma, esta mostrou-se insuficiente para conferir uma prestação jurisdicional suficientemente rápida e eficiente, seja para o credor ou para o devedor.

Para o recorte que se faz no presente trabalho, será importante apontar as causas para impedimentos à livre iniciativa do devedor, (já afastado de sua atividade em detrimento da tutela do Administrador Judicial e dos credores) e a falta de celeridade processual trazida pela sistemática do próprio processo e seus infundáveis recursos, que não conferem a segurança jurídica esperada ao adquirente, afastando o interesse do bem e a restrição às modalidades e aos valores das vendas, ainda que com anuência dos credores.

Analisando o impedimento do devedor, o Artigo 158 fornece a possibilidade de encerramento das obrigações do falido mesmo não havendo adimplemento total dos credores, mas nem sempre as falências se encerram no período ou o ativo é totalmente realizado no tempo hábil.

Um grande impedimento na venda de ativos é a dificuldade de conferir segurança jurídica sobre o bem da massa falida: ações incidentais podem reclamar a titularidade patrimonial e a questão da sucessão não resta tão consolidada pela jurisprudência quanto a Lei parece necessitar para viabilizar. Assim, parece que há um estímulo a continuar tentando uma venda irreal a qualquer custo.

Cabe aqui demonstrar a evidente importância de um país como o Brasil, permeado pela empresa micro e pequena deter uma esfera de proteção deste tipo de atividade. Com tímidas iniciativas acerca de responsabilidade limitada (a EIRELI, empresa que requer um capital social de 100 salários-mínimos, incompatível com a realidade brasileira e a novidade da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, que apresenta prospecto mais positivo). e no qual a informalidade é presente, o empresário torna-se tão falido quanto a empresa, sofrendo a anotação em seu registro e a impossibilidade de realizar atos absolutamente necessários para retornar ao mercado em nova atividade. As estatísticas (SEBRAE, 2018 ,p.6) apontam que do total de empresas no estado de São Paulo, 99% são pequenas empresas, e correspondem à metade dos empregos gerados. A taxa de fechamento das empresas com até dois anos de funcionamento atinge a marca de 45% para a microempresa (SEBRAE,2016). A falência não é uma realidade distante ou rara. Há necessidade de fomentar o retorno do empresário ao mercado de trabalho, de maneira rápida e livre de ônus pretéritos.

Sendo a necessidade de celeridade processual na legislação falimentar um imperativo, conquistada tal celeridade o processo se encerra mais cedo e possibilita que o empresário tente outra atividade quando transcorrido o período de reabilitação. Deixar o empresário retido por tanto tempo tem efeitos deletérios na economia brasileira, tão centrada na empresa de porte reduzido. A garantia de celeridade na reabilitação é a chave para fomentar a livre-iniciativa.

5. O fresh start na Lei 14.112/20

Os 15 anos de experiência com a Lei 11.101/05 e suas limitações culminaram na redação da L14.112/20, conduzido com a oitiva de especialistas e do CNJ.

A teleologia do dispositivo falimentar ganha declaração no Art. 75 da Lei reformada, que inclui uma breve principiologia para reforçar os valores da norma. Segue o texto:

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a:

I - preservar e a otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

II - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e

III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica.

§ 1º O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual, sem prejuízo do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 2º A falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia.

Não há qualquer sutileza no texto: o objetivo central do procedimento falimentar é celeridade e fomento da livre iniciativa.

Como retratado no tópico anterior, os grandes problemas da legislação passada quanto ao encerramento da falência e a reabilitação do devedor foram relacionados aos obstáculos do encerramento efetivo. Entre as causas que foram modificadas a fim de conformar o instituto com a tônica da celeridade trazida pelo movimento de constitucionalização capitaneado pelo CPC, serão destacadas duas: as condições simplificadas de alienação de bens e novas regras para o encerramento do processo falimentar. Os dois fatores estão intimamente conectados, sendo as mudanças mais enfáticas no sistema do *fresh start* e grandes efetivações às garantias constitucionais de celeridade processual e livre-iniciativa presentes na reforma da lei falimentar.

5.1 Quanto a alienação de ativos

Na vigência da norma falimentar anterior, as modalidades de alienação do patrimônio empresarial eram anacrônicas e não guardavam correlação com as condições materiais do momento da alienação. De acordo com TOLEDO *et al.* (2018, p.477-495), as modalidades presentes na vigência da L11.101/05 eram basicamente leilão, proposta e pregão, precedidos de ampla publicidade, aplicação subsidiária do CPC, feitas mediante intimação de membro do MP e de resultado impugnável por qualquer interessado pela via de agravo de instrumento. A lei facultava outros meios de alienação mediante aprovação do juízo ou dos credores em quórum

qualificado (2/3), de acordo com o Art. 146 da L11.101/05. A venda ficava sem prazo e se sujeitava ao temperamento de credores relutantes em ver o bem sendo vendido por valor inferior ao de avaliação.

A reforma da legislação visou reduzir qualquer tipo de restrição à realização das vendas. Em detrimento das decisões do juízo acerca dos instrumentos. Segundo SACRAMONE (2021, p .576) ficou facultada qualquer forma de realização, desde que seja por meio de processo competitivo e público, para garantir a amplitude de ofertantes. Ao contrário do que previa o regime anterior, agora o bem não se subordinará mais à conceituação de precificação idílica que permeava a jurisprudência anterior e estará mais afeito ao cenário econômico que enfrenta. Sobre o assunto, vale citar o impulso de clareza da Lei:

Art. 142. A alienação de bens dar-se-á por uma das seguintes modalidades:

[...]

§ 2º-A. A alienação de que trata o caput deste artigo:

I - dar-se-á independentemente de a conjuntura do mercado no momento da venda ser favorável ou desfavorável, dado o caráter forçado da venda;

[...]

IV - deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data da lavratura do auto de arrecadação, no caso de falência;

V - não estará sujeita à aplicação do conceito de preço vil.

Acerca da limitação temporal, COSTA (2021, p 288-289) aponta a razão para a limitação de 180 dias: em virtude dos gastos com depósito de bens, capazes de superar o benefício econômico provável advindo de uma venda mais cautelosa em prazo maior. Gastos operacionais com o procedimento são negligenciados, mas em um procedimento concursal podem assumir somas vultuosas. Quanto ao preço vil há ainda no parágrafo §3º-A do Artigo 142 uma delimitação da quantidade de leilões: serão três, com 15 dias de intervalo entre cada um: na primeira chamada, pelo valor de avaliação no mínimo; em segunda chamada, por no mínimo 50% da avaliação. A terceira chamada será realizada pelo melhor valor ofertado, sem sujeição ao preço vil ou qualquer outro óbice; o caráter forçado é a tônica de celeridade, finaliza o procedimento mais rápido e reabilita o empresário.

5.2 Encerramento da falência.

Todas as importantes mudanças acerca do procedimento falimentar culminam em um impulso de remediar a morosidade excessiva a fim de gerar valor. Não há fundo para as declarações do Artigo 75 inc. III se não houver o fim das obrigações do devedor impedido de realizar sua atividade pelo curso do procedimento falimentar.

Quando tratamos do encerramento da falência, o valor fundamental aqui descrito é reabilitar o empresário individual. Como anota a doutrina:

[...] não há nenhum interesse em reabilitar pessoas jurídicas quebradas; em relação ao empresário individual, entretanto, o quadro é diverso: para poder voltar a exercer atividade empresarial como pessoa física, integrar sociedade limitada como sócio ou exercer cargo de administrador de sociedade anônima, m ele deve necessariamente requerer a sua reabilitação no juízo falimentar.(COELHO 2021, p. 485)

Com isso, foram alterados os regramentos quanto ao tempo necessário de curso do processo para liberar o devedor para nova atividade. De acordo com o novo texto do Art. 158:

Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II - o pagamento, após realizado todo o ativo, de mais de 25% (vinte e cinco por cento) dos créditos quirografários, facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir a referida porcentagem se para isso não tiver sido suficiente a integral liquidação do ativo;

[...]

V - o decurso do prazo de 3 (três) anos, contado da decretação da falência, ressalvada a utilização dos bens arrecadados anteriormente, que serão destinados à liquidação para a satisfação dos credores habilitados ou com pedido de reserva realizado.

VI - o encerramento da falência nos termos dos arts. 114-A ou 156 desta Lei.

O inciso I é o cenário ideal, todos os credores são devidamente pagos, a empresa se encerra por sentença após relatório do administrador judicial e a satisfação é plena. Esses casos são raridades e dificilmente uma empresa deficitária terá dívidas tão compatíveis com o seu capital de giro. Se tal fosse o caso, a crise poderia ser transposta e a atividade preservada.

O inciso II é o privilégio sob o qual a empresa como instrumento de fomento da ordem econômica ascende sobre a pessoa física. Modificado pela L14.112/20, o percentual de credores quirografários adimplidos passa de 50% para 25%. Faculta também o depósito da quantia necessária por parte do empresário para antecipar os efeitos do encerramento. Em suma, a fim de preservar a livre iniciativa e o célere retorno do empresário ao mercado, em conformidade com o Art 75, III da L11.101/05, foi concedido um privilégio maior.

Os incisos III e IV foram vetados e sua matéria foi absorvida pela disciplina do inc. V, que trata do decurso temporal do procedimento falimentar. Antes com prazo de cinco anos (estendido para dez em caso de crime falimentar), agora a redação traz o prazo de três anos, submetendo em casos de crime falimentar à reabilitação penal, sem prazos taxativos. A redução é bem-vinda, possibilitando que a empresa deficitária também seja reabilitada. Há também casos em que o valor dos ativos da empresa não é liquidável, seu patrimônio intangível não é absorvível, entre outras ocasiões que obstem os pagamentos. Vale lembrar que o crédito quirografário está baixo na lista de prioridades de adimplemento, abaixo dos derivados de

legislação do trabalho, os gravados por garantia real e os tributários, podendo corresponder por vezes ao valor do ativo total ou não raro superiores.

Conclui a matéria o inciso VI, abrangendo casos de insuficiência de ativos até mesmo para custear um procedimento falimentar. Outro avanço a fim de que os juízos não incorram em gastos para apurar um processo que não trará benefícios econômicos a ninguém; faculta aos credores a realização de perícias e outras pesquisas a fim de apurar qualquer bem da empresa falida, mas devem arcar com tais custos.

6. Conclusão

As mudanças trazidas pela nova redação da Lei 11.101/05 trazem perspectivas boas para a norma. A preocupação com a duração razoável do processo de falência por meio da alienação rápida de ativos e da reabilitação facilitada para o empresário é coesa com as diretrizes constitucionais da livre iniciativa.

A constitucionalização do direito privado mostra-se a tendência, devendo ser uma maneira de efetivar no plano concreto os planos de uma constituição eminentemente dirigente como a brasileira. Capitaneada pelo CPC/2015, a tônica da celeridade no processo mostra-se compromisso com as diretrizes constitucionais.

É indiscutível o papel da empresa no fomento da ordem econômica constitucional. Com os altos índices de apresentados de insolvência nas pequenas empresas, é necessário possibilitar um reinício, para de forma tão célere quanto possível reinserir o indivíduo no mercado, tanto realizando trabalho como empreendedor quanto no mercado de crédito.

Ainda que a Lei 11.101/05 tenha sido uma revolução positiva nos procedimentos concursais para um país refém de uma legislação obsoleta, ela mostrou-se ineficiente em certos aspectos, necessitando de uma reforma para remediar a ineficácia do instrumento como ferramenta da ordem econômica constitucional. Por meio de liquidação facilitada e redução de prazos, o *fresh start* é uma das mais importantes faces da modernização trazida pela Lei 14.112/20: visa preservar a realização do ativo da empresa falida e possibilita que o empresário não seja marginalizado pelo risco natural da atividade empresária.

Referências

ARRUDA, Samuel Miranda. Comentários ao Art 5º inc. LXXVII In: Canotilho, J.J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; Streck Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018, p. 1877-1886

BRASIL, **Código de processo civil e normas correlatas**. – 7. ed. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> Consultado em; 13/03/2021 14:03

_____. **Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**.. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/111101.htm>. Acesso em: 15/03/2021 21:42

CEREZETTI, Sheila Christina Neder, **A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo, Editora Malheiros, 2012

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas** 14.ed rev. atual. e ampl. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. **Manual de direito comercial : direito de empresa**. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

COSTA, Daniel Carnio, MELO, Alexandre Correa de Nasser. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. Curitiba, Juruá Editora, 2021.

DE LUCCA, Newton. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo, Quartier Latin, 2009.

FUNCHAL, Bruno, ARAÚJO, Aloísio. **A modernização da Lei de falências e recuperação judicial**: Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/a-modernizacao-da-lei-de-falencias-e-recuperacao-judicial.ghtml>. Consultado em 14/03/2021 15:14

GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**, 14. ed rev. e atual. São Paulo, Editora Malheiros, 2010

_____. Comentários ao Artigo 170 caput da Constituição In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018, p. 1877-1886

PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e Preservação da Empresa**. São Paulo, Editora Quartier Latin, 2013.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2.ed São Paulo, Saraiva Educação, 2021

SEBRAE. **Panorama dos pequenos negócios- 2018**. Disponível em:

https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/Panorama_dos_Pequenos_Negocios_2018_AF.pdf. Consultado em: 15/03/2021 19:40

_____. **Sobrevivência das Empresas no Brasil**. Sebrae, 2016. Disponível em:

<https://datasebrae.com.br/sobrevivencia-das-empresas/#taxa>. Consultado em: 15/03/2021 18:46

STF - **RE: 1211103 PR - PARANÁ**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de

Julgamento: 07/06/2019, Data de Publicação: DJe-125 11/06/2019, disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5700427>. Consultado em: 14/03/2021 15:40

TELLECHEA, R. ; SCALZILLI, João Pedro ; SPINELLI, Luís Felipe . **História do Direito Falimentar**. 1ª. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de.; CARVALHOSA, M. ; BEZERRA FILHO, M. J. ; PUGLIESI, A. V. ; CALÇAS, M. Q. P. . **Tratado De Direito Empresarial /**

Recuperação Empresarial e Falência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 5

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial 1: Teoria Geral do**

Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2014 v.1

MECANISMOS DE PREVENÇÃO DA PRÁTICA DE CRIMES LICITATÓRIOS

MECHANISMS FOR THE PREVENTION OF THE PRACTICE OF BIDDING CRIMES

Almir Santos Reis Junior¹

Lucas Gabriel Silva²

Resumo: Notoriamente, fraudes em procedimentos licitatórios são fenômenos frequentes na Administração Pública do Brasil, por meio das quais grandes somas de recursos públicos são subtraídas a fim de atender interesses não condizentes com o empenho público. Sob tal ótica, este trabalho terá por escopo evidenciar mecanismos que possam evitar a práticas de delitos descritos na Lei 8.666/1993, bem como no Projeto de Lei nº 4.253/2020, que pretende revogar a atual Lei nº 8.666/1993, e trazer importantes alterações no campo criminal. Para tanto, adotou-se o método hipotético-dedutivo, a partir da análise bibliográfica sobre o tema. Ao final, chegou-se à conclusão da necessidade de implantação de mecanismos que possam efetivamente coibir a prática delituosa no âmbito da administração pública.

Palavras-chave: Licitações – crimes – prevenção – mecanismos.

1.

Abstract: Notoriously, fraud in bidding procedures are frequent phenomena in the Public Administration of Brazil, through which large sums of public resources are subtracted in order to meet interests not consistent with public commitment. Under this perspective, this work will have the scope of evidencing mechanisms that can avoid the practices of crimes described in Law nº 8.666/1993, as well as in Bill nº 4.253/2020, which intends to revoke the current Law nº 8.666/1993, and bring important changes in the criminal field. For this, the hypothetical-deductive method was adopted, based on the bibliographic analysis on the theme. In the end, the conclusion was reached of the need to implement mechanisms that can effectively curb criminal practice within the scope of public administration.

Keywords: Bids - crimes - prevention - mechanisms.

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais da licitação; 2.1 Noções Introdutórias acerca do Estado de Direito e do Direito Administrativo; 2.2 Licitação: conceito e regramento legal; 3. Relevância do estudo jurídico-penal e meios de prevenção contra os delitos licitatórios; 3.1 Ampliação da Responsabilidade das Procuradorias na Emissão de Pareceres Jurídicos; 4 Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução

As fraudes em procedimentos licitatórios não consistem em acontecimentos recentes, muito embora nos últimos anos tenham sido publicizados complexos delitos que macularam a

¹ Doutor em Direito Penal pela PUC-SP; Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá - UEM; Maringá, Paraná; e-mail: almir.crime@gmail.com

² Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; Maringá-Pr; e-mail: ra92968@uem.br

lisura de inúmeras licitações ocorridas no Brasil, as quais foram utilizados como instrumentos para a obtenção de vantagens ilícitas, causando volumosos prejuízos ao erário. Diante desse quadro, incita-se perscrutar acerca dos instrumentos legais dispostos na legislação penal brasileira que cuidam especificamente do assunto.

Sabe-se que os procedimentos licitatórios são regidos por normas extraídas predominantemente do Direito Administrativo. Contudo, tais disposições muitas vezes não oferecem mecanismos à altura para garantia da observância de seus próprios comandos normativos, razão pela qual o legislador pátrio socorreu-se à intervenção do Direito Penal, criminalizando determinadas condutas que infringem o regular processamento das licitações.

A matéria, objeto deste trabalho, encontra-se disposta na Lei n. 8.666/93, bem como no Projeto de Lei 4.253/20, que dará vigência à Nova Lei de Licitações e Contratos.

O trabalho não terá como objetivo central apresentar mecanismos que possam, efetivamente, coibir ou diminuir a prática de crimes licitatórios, com escopo de garantir a eficácia plena dos princípios inerentes à administração pública.

Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, consistente na consulta de obras, artigos de periódicos, documentos eletrônicos, assim como da legislação pertinente ao tema.

2. Aspectos gerais da licitação

Antes de adentrar-se no estudo acerca das respostas penais aos delitos licitatórios, necessário tecer breves considerações sobre as normas gerais que regem o procedimento de licitação, as quais são disciplinadas pelo Direito Administrativo.

2.1 Noções Introdutórias acerca do Estado de Direito e do Direito Administrativo

A abordagem inicial indissociavelmente deve ser inaugurada pela noção de Estado de Direito, já que esta ideia semeou as condições necessárias para o desenvolvimento do Direito Administrativo, baseando-se na regra de que, ao mesmo tempo em que o Estado cria o direito, deve sujeitar-se a ele (CARVALHO FILHO, 2015).

Como relembra Meirelles (2016, p. 54):

Até então, o absolutismo reinante e o enfeixamento de todos os poderes governamentais nas mãos do Soberano não permitiam o desenvolvimento de quaisquer teorias que visassem a reconhecer direitos aos súditos, em oposição às ordens do Príncipe. Dominava a vontade onipotente do

Monarca, cristalizada na máxima romana "*quod principi placuit legis habet vigorem*", e subsequentemente na expressão egocentrista de Luís XIV: "*L'État c'est moi*".

Pode-se afirmar, então, que o Estado de Direito é o “Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis. Significa que Estado de Direito é a limitação do poder e o exercício do poder dentro da lei” (MEIRELLES, 2016, p. 64).

Além da submissão do Estado ao império da lei, outra característica importante decorrente do Estado de Direito é a divisão de poderes (SILVA, 2005). Para Montesquieu (2000), todo aquele que detém poder, tende abusar dele, e somente o próprio poder é capaz de impor limites a ele mesmo. Desse modo, necessário que seja ele repartido, para que cada parcela imponha reciprocamente limites. Dessa divisão, derivaram-se os três Poderes de Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, aos quais foram atribuídas funções preponderantes.

Neste aspecto, incumbiu-se ao Poder Executivo a função precipuamente administrativa, ou seja, o exercício do Estado Administração que, com seus órgãos e cargos públicos, surgiu para executar ou fiscalizar, direta ou indiretamente, as atividades destinadas a satisfazer as necessidades coletivas essenciais: saúde, segurança, educação e etc (PRADO, 2019) ou o “bem comum da coletividade administrada” (MEIRELLES, 2016, p. 90).

Tal atividade administrativa acentuou-se a partir da consolidação do Estado Social Democrático de Direito, no qual o Estado passou de uma postura abstencionista a uma mais preocupada com os interesses sociais, adotando uma filosofia assistencial de serviço ao cidadão (PRADO, 2019).

Na visão de Meirelles (2016, p. 726):

Modernamente o Estado de Direito aprimorou-se no Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), em busca de melhoria das condições sociais da comunidade. Não é o Estado Liberal, que se omite ante a conduta individual, nem o Estado Socialista, que suprime a iniciativa particular. É o Estado orientador e incentivador da conduta individual no sentido do bem-estar social. Para atingir esse objetivo o Estado de Bem-Estar intervém na propriedade e no domínio econômico quando utilizados contra o bem comum da coletividade.

Hodiernamente sedimentada nessa concepção, a gestão dos interesses públicos pela Administração volta-se aos indivíduos, com vistas à sua proteção, segurança e bem-estar.

Carvalho Filho (2015, p. 239) disserta de modo análogo, ao afirmar que:

A Administração Pública exerce atividade multifária e complexa, e sempre com os olhos voltados para fim de interesse público. Para alcançá-lo, precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, razão por que é obrigada a firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc

Neste contexto, a interferência de interesses exclusivamente privados sobre as atividades da Administração Pública desatende as finalidades colimadas, de modo que devem ser coibidas.

Destacam-se dentre as formas de desvio da finalidade de atendimento do interesse público justamente aquelas em que há também a participação do particular, notadamente nas licitações e contratações públicas.

Os poucos recursos de que dispõe o Estado devem ser empregados com maior eficiência possível, sendo o processo licitatório importante instrumento para este fim, admitindo-se a intervenção penal para sancionar comportamentos que atentam contra o regular funcionamento da Administração Pública (PRADO, 2019). Trata-se da manifestação do princípio da indisponibilidade do interesse público, que “se constitui como uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá de escolher aquele cuja proposta melhor atenta o interesse público” (DI PRIETO, 2012, p. 372).

Por tais motivos, a Administração Pública é caracterizada como bem jurídico em sentido categorial em todos os delitos licitatórios, tendo por escopo resguardar o patrimônio público, a higidez e a moralidade que devem reger sua gestão (PRADO, 2019).

2.2 Licitação: conceito e regramento legal

A licitação é o procedimento administrativo por meio do qual são escolhidas as propostas mais vantajosas para a Administração, com vistas à contratação de fornecedores ou a obtenção de melhor trabalho técnico, artístico ou científico, sob o respeito de princípios e normas que objetivam atribuir-lhe lisura.

A rigor, a adoção do processo de licitação é obrigatória, conforme mandamento constitucional contido no art. 37, inciso XXI, da Lei Maior:

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, n.p)

Atribuiu-se à União a competência privativa para legislar sobre este tema, a teor do art. 22, inciso XXVII, da CF. Em nível infraconstitucional, o referido dispositivo é regulamentado de forma geral pela Lei nº 8.666/93 e de forma especial por diversos diplomas legais esparsos,

sendo os de maior relevo a Lei nº 10.520/02, que trata da modalidade pregão eletrônico, e a Lei nº 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações – RDC.

No entanto, todos os principais diplomas atinentes à licitação poderão perder sua vigência por força da possível introdução da Nova Lei de Licitações e Contratos, cujo texto fora aprovado pelo Senado Federal em 10.12.2020 e encaminhado à sanção presidencial na data de 12.3.2021. O Projeto de Lei nº 4.253/2020, um substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado 559/213, estabelece uma *vacatio legis* de dois anos contados de sua publicação, consoante seu art. 190, II e § 2º, cuja aplicação, neste ínterim, será facultativa. Não obstante, o novel diploma pretende revogar de imediato as disposições referentes aos crimes licitatórios, transportando todos os tipos ao Código Penal.

Os destinatários das normativas que regulam as licitações são: as pessoas integrantes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas. Entretanto, não são abrangidas as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, porquanto regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvada a aplicação das normas de direito penal previstas na Lei nº 8.666/93, a teor de seu art. 41, não havendo óbice também quanto à aplicação subsidiária desta a tais entidades.

Para a regulamentação do processo licitatório, o legislador pátrio inspirou-se em dois alicerces: a moralidade administrativa e a igualdade de oportunidades (CARVALHO FILHO, 2015). O primeiro fundamento encontra-se insculpido no art. 37, *caput*, da CF, em que se erigiu a moralidade administrativa como um dos princípios reinantes da administração pública, do qual se extrai os subprincípios de lealdade, impessoalidade, probidade e boa-fé. Quanto ao segundo fundamento, qual seja, a igualdade de oportunidades, pretendeu o legislador promover a necessária competitividade entre os interessados no processo licitatório, com o escopo de obter o melhor resultado à administração pública.

As modalidades licitatórias são: concorrência, tomada de preços, RDC, convite, concurso, leilão e pregão, sendo as quatro primeiras relativas à contratação de obras, serviços e fornecimento de bens, enquanto que a última destina-se à aquisição de bens e serviços de uso comum da Administração. O Projeto de Lei nº 4.253/20, da nova Lei de Licitações, almeja incluir outra modalidade denominada de diálogo de competitivo, destinada à contratação de obras, serviços e compras, em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou

mais alternativas capazes de atender às suas necessidades. Além disso, o novo texto tenciona excluir as modalidades tomada de preços e convite.

Elas podem ainda se distinguir de acordo com os tipos de contratação a que se destinam: de menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico, maior desconto, onde as duas últimas poderão ser aplicadas a partir da publicação do novo Diploma Licitatório.

Cumprе salientar que a análise das nuances de cada modalidade e tipo de licitação extrapola o objetivo pretendido com este trabalho, pelo que deixa-se de fazê-la.

Em apertada síntese, a natureza jurídica da licitação é de “procedimento administrativo com fim seletivo” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 240). Como regra, é composta de “duas fases fundamentais (sem prejuízo de outras subdivisões): uma, a da demonstração de tais atributos, chamada habilitação, e outra concernente à apuração da melhor proposta, que é o julgamento” (MELLO, 2015, p. 536). No PL 4.253/20 há inversão desta ordem, nos termos de seu art. 17.

Além dos princípios insculpidos na Constituição aplicáveis de forma geral à Administração Pública (art. 37, *caput*, CF), a doutrina e a lei exprimem outros princípios específicos da licitação: procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo, adjudicação compulsória ao vencedor e probidade administrativa (PRADO, 2019).

Tais princípios, por servirem inclusive como fundamento para a aplicação de sanção penal, serão abordados detidamente a seguir.

3. Relevância do estudo jurídico-penal e meios de prevenção contra os delitos licitatórios

A temática proposta, nessa fase, está relacionada à necessária observância, por parte dos administradores públicos e dos particulares, acerca dos ritos legais atinentes às licitações e à execução de contratos públicos, dado que sua inobservância pode sujeitá-los à responsabilização, inclusive na esfera penal. Não obstante a isso, constata-se que conhecimento nessa área ainda carece de maior desenvolvimento. Por tal razão, a necessária abordagem.

Sob esta perspectiva, o tema é objeto de significativa dissonância entre os doutrinadores em vários pontos. Tal resultado possivelmente decorre da *ausência de maior debate e amadurecimento do assunto por parte da comunidade científica e da própria precariedade do texto legal*.

Nesse sentido, quanto ao primeiro fator, o legislador ao prever a necessidade da instituição de tipos penais próprios, que dispusessem a respeito especificamente aos crimes

licitatórios, inserindo-os na própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 1993, com a pretensão de tratá-los de forma mais ampla e sistemática, já que os dispositivos capitulados no Código Penal não mais tutelavam de forma satisfatória a regularidade das licitações, findou por isolá-los no universo de leis esparsas do ordenamento jurídico penal, relegando seu estudo a um plano secundário, sobreposto frequentemente por temas mais aclamados, tais como crimes envolvendo drogas, criança e adolescente, armas e etc.

De modo semelhante, Freitas (2007, p. 43) disserta que:

A necessidade de estabelecimento destas modalidades de crimes através de lei especial é questionável, pois uma alteração no Código Penal alcançaria idêntica finalidade, além de não isolar estas espécies delitivas, pois a forma periférica como foram alocados os tipos penais licitatórios dentro do ordenamento jurídico penal acarreta a sua rara menção no mundo acadêmico – que, em regra, restringe-se aos tipos do Código Penal e as principais leis especiais, onde não se inclui a lei de licitações (aspecto que discordamos)-, gerando, pois, pouco debate doutrinário a respeito e insignificante invocação prática, que restringe ainda mais no âmbito jurisprudencial.

Com efeito, em virtude de a matéria não ser amplamente discutida no seio acadêmico, a compreensão do assunto, por ora, não se aprofundou suficientemente, o que impediu com que se alcançasse entendimentos mais concisos.

Por outro lado, a iniciativa do legislador de alocar os tipos penais licitatórios no Código Penal, por meio do projeto da Nova Lei de Licitações, veio em boa hora e certamente contribuirá para que sejam lançadas novas luzes sobre este tema tão caro à sociedade.

No que toca ao segundo fator, a partir da análise de cada tipo penal, é possível observar que em muitos casos a redação optada pelo legislador mostra-se deficiente, a ponto de torná-la inaplicável no mundo prático, e, em algumas hipóteses, inconstitucional, por inobservância de princípios constitucionais penais comezinhos. Um dos exemplos refere-se ao crime de advocacia administrativa relacionado a procedimento licitatório do art. 91, da Lei de Licitações de 1993. Tal crime exige, para a maioria da doutrina, além do dolo do agente em praticar a conduta incriminada, a previsão de que a licitação será anulada pelo Poder Judiciário.

Depreende-se que o legislador não havia adotado a devida cautela ao redigir o texto do dispositivo, inserindo erroneamente na própria estrutura do tipo uma condição objetiva de punibilidade (PRADO, 2019). No entanto, o legislador não sanou tal incorreção, a repetindo no texto do art. 337-G do CP, o qual deverá ser incluído com a sanção presidencial do Projeto de Lei nº 4.253/2020.

Em suma, a temática relacionada à tutela do direito penal às licitações ainda necessita ser objeto de intensos estudos, reflexões e discussões, posto que sequer encontra-se entendimentos firmes capazes de conferir maior segurança quando da aplicação da lei. Ainda,

como agravante, a má técnica legislativa empregada recrudescer ainda mais a insegurança jurídica, apesar de que alguns pontos poderão ser corrigidos em virtude do Projeto da Nova Lei de Licitações e Contratos.

Como forma de prevenção aos crimes licitatórios, infere-se a necessidade primeiramente de criar entendimentos mais consistentes acerca da matéria, a partir de estudos mais exaurientes, com os quais possam orientar a jurisprudência, em contribuição à segurança jurídica, e a influir futuramente na elaboração de dispositivos legais que sejam mais harmoniosos com os princípios do direito penal, assim como mais claros a todos que estão sujeitos às suas penas.

Consoante ensinamento de Beccaria (1999, p. 129): “Quereis prevenir os crimes? Fazeis leis simples e claras; fazei-as amar; e esteja a nação inteira pronta a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las”.

Sendo assim, sugere-se como iniciativa adequada para tal finalidade, a inclusão de um tópico referente aos crimes licitatórios nas matrizes curriculares dos cursos de Direito, realçando-o dentre os crimes comuns presentes no Código Penal, caso sancionada a Nova Lei, ou dentre os crimes previstos na legislação extravagante, a fim de fomentar a discussão do assunto e a produção de obras doutrinárias, o que certamente será facilitado pela inclusão dessas figuras típicas no Código Penal, os quais figuravam de forma quase olvidada na Lei de Licitações de 1993. Além do mais, em razão de sua relevância, a matéria merece ser amplamente debatida, a fim de que os conhecimentos adquiridos a partir desses estudos não se restrinjam ao meio jurídico-penal, dado que as consequências desses crimes infligem toda a sociedade.

Desse modo, a inserção do tema em ementas curriculares de outros cursos que possuem correlação com o tema, tais como Administração, Ciências Contábeis, Economia e etc, também se mostra de bom alvitre, posto que são formadores de profissionais atuantes na área da gestão pública.

Afora isso, são alternativas capazes de melhorar o nível de capacitação dos agentes públicos responsáveis pela condução e fiscalização de procedimentos licitatórios e dos particulares, que figuram como fornecedores de bens e serviços à Administração Pública, a ministração de curso técnicos, consoante o que consta do art. 172, do PL 4.253/20, a promoção de políticas de prevenção, incentivos à criação de observatórios sociais, à utilização de meios eletrônicos no processo de licitação (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2007), como prevê o art. 12, VI, do PL 4.253/20, e à implantação de sistemas de *compliance* (VERÍSSIMO, 2017).

Registre-se, contudo, quanto à última alternativa, que o incentivo ao sistema de *compliance* ainda perpassa por melhor aprimoramento dos órgãos de fiscalização e pela adoção

de maior transparência na Administração Pública no país, para que os casos envolvendo fraudes em procedimentos licitatórios sejam detectados e seus responsáveis punidos na forma da lei, uma vez que a adoção de *compliance* para empresas que não operam no sistema financeiro é atualmente facultativa e está atrelada ao nível de impunidade presente no país. Nesse sentido, leciona Veríssimo (2017, n.p), que “O paradoxo, então, é que para ser capaz de realmente motivar as empresas a adotarem o *compliance*, o Brasil deverá aumentar a probabilidade de que os atos lesivos sejam descobertos, apurados e efetivamente punidos”.

Portanto, tendo em vista que a impunidade é o fator que mais desestimula a adoção destes sistemas de integridade, é imprescindível que os órgãos de fiscalização sejam aprimorados e especializados para que o enfrentamento das espécies de crimes de “colarinho branco”. Tal objetivo certamente será facilitado com o aumento da transparência das licitações, contratos e despesas públicas, bem assim com uma postura mais ativa da população, por meio de encaminhamento de denúncias de irregularidades aos órgãos competentes. Isso tudo com o propósito de que o custo do crime seja finalmente maior do que o proveito dele obtido.

Neste aspecto, o Projeto de Lei nº 4.253/2020 pretende tornar obrigatória a implementação de programa de integridade pelo licitante vencedor nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (acima de duzentos milhões de reais), a teor de seu art. 25, § 4º. Além disso, o novo texto proposto também estimula a adoção desses sistemas mediante sua utilização como critério de desempate (art. 59, IV) e de aplicação de sanção administrativa (art. 155, § 1º, V), bem assim como condição de reabilitação do licitante ou contratado (art. 162, parágrafo único).

3.1 Ampliação da Responsabilidade das Procuradorias na Emissão de Pareceres Jurídicos

Necessário também é delegar maior responsabilidade às procuradorias jurídicas dos entes licitantes, como meio preventivo contra eventuais irregularidades nos procedimentos licitatórios.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 38, da Lei nº 8.666/93, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.883/94, determina que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração; já a redação do Projeto da Nova Lei de Licitação pretende regular de forma ainda mais detalhada a função exercida pela assessoria jurídica nos procedimentos licitatórios.

O art. 52 do Projeto de Lei nº 4.253/20, por exemplo, determina que, após a fase preparatória, “o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação”, elencando nos parágrafos seguintes as atribuições da assessoria jurídica na ocasião da emissão de parecer.

Para parcela da doutrina, trata-se de parecer obrigatório e vinculante (DI PRIETO, 2012), pois integra a motivação do ato administrativo do administrador, que o adota como razão de decidir, equivalendo-se como um ato de controle de legalidade. No entanto, o novo texto proposto parece ter deixado de forma explícita que tal parecer jurídico não possui natureza vinculante, já que a autoridade máxima poderá rejeitar suas conclusões de forma motivada, consoante se extrai de seu § 2º, do art. 52, do Projeto de Lei 4.253/20.

Portanto, os instrumentos fundamentais que formam o procedimento licitatório e a contratação devem ser examinados pela assessoria jurídica da Administração. Assim, incumbe a esta averiguar a regularidade das disposições e das cláusulas constantes dos editais e dos contratos, com vistas a verificar eventuais dispositivos que infrinjam, por exemplo, o caráter competitivo da licitação de forma injustificada, ou se são oferecidas vantagens indevidas aos fornecedores. Vê-se, pois, a importância do trabalho desempenhado pela assessoria jurídica para aferição da regularidade do certame.

Em que pese os pareceres jurídicos serem redigidos de forma autônoma pelo seu responsável, não possuindo, em geral, caráter vinculativo, mas sim natureza consultiva ou opinativa (JUSTEN FILHO, 2019), o fato é que não pode o parecerista ser desonerado de qualquer responsabilidade, inclusive penalmente, pela aprovação de editais ou contratos que manifestamente violem requisitos legais, porquanto, quando se assim procede, este colabora para a perpetuação das irregularidades.

Em outros termos, não se almeja a responsabilização do parecerista diante de um erro escusável, a título exemplificativo, quando há controvérsia em determinado ponto relacionado ao certame ou ao contrato, ou na hipótese em que é exigida investigação mais a fundo para constatação da irregularidade, mas sim a daquele que emite parecer flagrantemente dissonante da lei ou da jurisprudência dos Tribunais.

O parecer jurídico constitui elemento relevante que influi fortemente na tomada de decisão por parte da autoridade administrativa, possuindo inclusive, para alguns, natureza vinculante em relação aquele que é emitido por força do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 (RIBEIRO, 2015; CHAVES, 2014, n.p), de modo que há nexos causal entre o ato administrativo que cause dano ao erário e o parecer que pugnou pela regularidade deste.

Incumbe, pois, ao parecerista alertar o gestor público acerca de eventuais ilegalidades presentes no edital de licitação ou no instrumento contratual. Tal entendimento, aliás, já foi reafirmado em diversas oportunidades pelo Tribunal de Contas da União, conforme o seguinte enunciado extraído do Acórdão 825/2014.

Por outro lado, Bitencourt (2012) ressalva que o procurador jurídico que apenas emite parecer técnico favorável à dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais, encontra-se resguardado pela inviolabilidade profissional, conferida pelo art. 133, da CF, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no HC 464.498/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019).

Sem embargo, a inviolabilidade profissional conferida ao advogado não pode servir de pretexto para prática de ilegalidades. Aliás, o próprio Estatuto da Advocacia dispõe no art. 32, que: “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

Nessa linha, o parágrafo 6º do art. 53 da Nova Lei de Licitação aprovada pelo Senado Federal consignou expressamente acerca da possibilidade da responsabilização do parecerista quando este agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico.

Não se pode tolerar que o exame da validade da licitação ou da contratação seja considerado mero ato burocrático, destituído de importância, muito menos que sirva de aval para a prática de atos ilícitos.

A inviolabilidade profissional da advocacia não é absoluta. Nessa linha, Bitencourt (2012), por outro lado, também menciona que tal inviolabilidade não autoriza o agente de utilizar-se dos meios técnicos e científicos para praticar impunemente crimes ou ilegalidades de qualquer natureza.

Constatado erro grosseiro ou havendo completa falta de fundamentação lógico-jurídica por parte do parecerista, quando da elaboração do parecer, este deve ser sancionado civil e administrativamente, por contribuído para a ocorrência de eventuais danos ao erário, independentemente se possui caráter vinculativo ou não tal parecer, uma vez que quando consultado, o parecerista tem o dever de assessorar o administrador da melhor forma possível, pois influirá na motivação do ato administrativo.

Ademais, constatado o liame subjetivo em praticar alguns dos crimes decorrentes da licitação ou contratação viciada com as demais autoridades administrativas, incorrerá também às suas penas, em concurso de pessoas, ou às penas dos crimes de prevaricação, dos art. 319 do CP, a depender da análise do caso concreto, em vista dos deveres de apurar e informar impostos pela redação proposta da Nova Lei de Licitações, no inciso II, § 3º, do art. 168.

Desse modo, imprescindível de fato é a reavaliação do papel desempenhado pelo procurador jurídico no procedimento licitatório, a fim de atribuir-lhe maior responsabilidade quanto à efetiva fiscalização da validade do certame.

Sob a forma de fiscalização preventiva, forçoso é a inclusão entre as responsabilidades legais da assessoria jurídica, a obrigação de proceder à avaliação final do procedimento licitatório, acerca de sua legalidade, antes de sua homologação, notadamente em licitações de grande vulto, uma vez que o texto da Lei atual somente exige a análise da minuta do edital e do contrato, desobrigando o parecerista do exame dos documentos que compõe o procedimento licitatório após a escolha do vencedor. Contudo, em que pese a vindoura legislação tenha imposto a submissão das contratações públicas a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, alocando a assessoria jurídica em uma segunda linha de defesa dentro de tal sistema de controle interno, conforme seu art. 168 e seguintes, ela não deixou expresso o dever do parecerista de examinar o processo licitatório antes da contratação do fornecedor, restringindo-o à análise da minuta do edital ou do contrato, pelo que a verificação do processo de licitação e da contratação do fornecedor pela assessoria jurídica permaneceu sendo uma faculdade da Administração, conforme consta de art. 169, *caput*.

Outrossim, era imperioso incluir na Lei de Licitações a obrigação da aprovação, pela assessoria jurídica, a respeito da legalidade da dispensa ou inexigibilidade de licitação, já que o parágrafo único do art. 26, da Lei de Licitação de 1993 não traz tal aprovação no rol dos documentos necessários que devem instruir o processo de justificção, para que a contratação se dê de forma direta, à semelhança do que prescreve o parágrafo único, do art. 38, do mesmo diploma, mesmo sabendo-se que significativa parcela das irregularidades cometidas nas contratações públicas são resultantes de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais ou promovidas de forma incorreta (FELIX, 2012).

Assim, não poderia mais ser permitido que a aprovação pela assessoria jurídica permanecesse facultativa nesses casos excepcionais, em que há maior probabilidade do cometimento de ilegalidades, ante a ausência de procedimento de licitação prévio.

O texto do Projeto de Lei nº 4.253/20 determina de forma expressa que as contratações diretas passem pelo controle de legalidade da assessoria jurídica, nos termos de seu art. 52, § 4º, combinado com o art. 71, inciso III, embora tenha permitido, no § 5º, do art. 52, que essa análise seja dispensada em certas situações, considerando-se o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico. Portanto, as contratações diretas que foram eventualmente regidas

pela nova Lei de Licitações deverão obrigatoriamente, em regra, passar pelo controle de legalidade da assessoria jurídica, salvo nas hipóteses previamente definidas pela autoridade administrativa, que envolvam procedimentos licitatórios, especialmente, de baixa complexidade.

Tais modificações, muito embora, por um lado, poderão acarretar em uma maior burocracia, contudo, indubitavelmente, noutra vertente, evitarão de, forma tempestiva, com que as licitações e as contratações eivadas de fraude resultem em grandes prejuízos à Administração ou, no mínimo, ampliarão as chances para que isto não ocorra, fortalecendo o controle de legalidade interno da Administração, em uma função semelhante à desempenhada pela Controladorias, e em auxílio ao controle externo exercido pelos Tribunais de Conta e pelo Ministério Público.

Por derradeiro, a imposição da análise final do certame de grande vulto, antes de sua homologação, e da aprovação do processo de dispensa ou inexigibilidade por parte da assessoria jurídica certamente resultará também em maior segurança às próprias autoridades administrativas signatárias dos atos decisórios, na medida em que possibilitará a revisão e o saneamento de decisões que poderiam afigurar irregulares, evitando, a um só tempo, o prejuízo ao erário e eventuais sanções aplicáveis em face dos responsáveis por tais atos.

4. Conclusão

A partir da concepção de Estado de Direito, concebeu-se que os agentes públicos não detêm permissão para gerir, sem restrições, a coisa pública de acordo com o que acredita ser conveniente. Ao revés do particular, a quem é permitido a fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode atuar quando a lei assim a permitir.

Como alternativas para a prevenção dos crimes licitatórios, tem-se a atribuição de maior responsabilidade às assessorias jurídicas das entidades licitantes, como a análise do procedimento licitatório de grande vulto antes de sua homologação ou da contratação do fornecedor, e não só das minutas dos contratos e editais, uma vez que a Lei nº 8.666/93 e o Projeto de Lei nº 4.253/20 não impõem esta obrigação à Administração, conquanto este último tenha trazido relevantes inovações quanto ao controle de legalidade exercido das assessorias jurídicas das entidades licitantes. Dentre eles, destaca-se o dever expressamente previsto de análise prévia pela assessoria jurídica para a formalização da contratação direta, já que pelo texto da Lei de Licitações de 1993 não há tal exigência, o que certamente contribuirá para a redução de irregularidades nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Por outro lado, é urgente a necessidade de criação de *compliance* qualificado que possa emitir pareceres, e, por meio deles é imperiosa a responsabilidade de seus integrantes, já que assumem o dever de garantidor da coisa pública.

Outra iniciativa na prevenção de delitos licitatórios, ligada à prevenção geral da norma penal, é a inclusão de ementa relacionada aos crimes licitatórios nas matrizes curriculares dos cursos de Direito, Administração, Ciências Contábeis, Economia e etc., posto que são formadores de profissionais atuantes na área da gestão pública.

5. Referências

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CHAVES, Luiz Claudio de Azevedo. O exercício da função de assessor jurídico nos processos licitatórios: competências e responsabilidades. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3871, 5 fev. 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório: fundamentos, limites e responsabilização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set. 2015.
- FELIX, Renan Paes. Fraudes em licitações: uma abordagem pragmática. **Revista do CNMP: improbidade administrativa**, Brasília, n. 5, p. 209-229, 2015.
- FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MONTESQUIEU, C.S.B. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- NYVEA, Rodrigues Ribeiro. **A responsabilidade do assessor jurídico pela emissão de pareceres nos processos administrativos de licitações e contratações públicas: uma análise à luz da exigência prevista no artigo 38, parágrafo único da lei nº 8.666/93**. 2015. 90 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência (Projeto de Lei nº 7.709/07). **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, v. 20, n. 11, p. 1043-1052, nov. 2007.
- PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982676/>. Acesso em: 7 set. 2020.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:623802>. Acesso em: 2 out. 2020.

COLLABORATIVE LAW: UMA RELEITURA DO TRATAMENTO DE LITÍGIOS FAMILIARES

COLLABORATIVE LAW: A REREADING OF THE TREATMENT OF FAMILY DISPUTES

Antonio Rafael Marchezan Ferreira¹
Heloara Martins Brito²
Vinícius Bortoli Ramos³

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar o meio alternativo de resolução de disputas denominado *Collaborative law*, aplicável a conflitos de natureza familiar. Assim, buscou-se através da revisão literária descrever o contexto de desenvolvimento do método e sua aplicação no território brasileiro. Estabeleceu-se, também, uma análise comparativa entre a *Collaborative law* e outros métodos alternativos (mediação e *Cooperative law*). Houve a preocupação de detalhar as etapas procedimentais do método, bem como o papel dos profissionais atuantes (advogados e a equipe multidisciplinar composta por *coach*, profissional de saúde mental, especialista em desenvolvimento infantil e financista). Também foram objeto de análise os elementos estruturais e princípios que norteiam o processo colaborativo, com ênfase no acordo de não-litigância (*disqualification agreement*). Por fim, estabeleceu-se o paralelo entre a resolução adversarial e a colaborativa, ofertando as reflexões conclusivas e as referências do estudo.

Palavras-Chave *Collaborative law*; Meios Alternativos de Resolução de Conflitos; divórcio litigioso; acordo de não-litigância.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the alternative dispute resolution method denominated Collaborative law and its appliance at family conflicts. Thereby, it was sought through literary review to describe the context of development of the method and its application in Brazilian territory. A comparative analysis was also established between Collaborative law and other alternative methods (mediation and Cooperative law). There was a concern to detail the procedural steps of the method, as well as the role of the acting professionals (lawyers and the multidisciplinary team composed of coach, mental health professional, child development specialist and financier). The structural elements and principles that guide the collaborative process were also analyzed, with emphasis on the disqualification agreement. Finally, the parallel between adversarial and collaborative resolution was established, offering the conclusive reflections and the study references.

Keywords: Collaborative Law; Methods of Alternative Dispute Resolution; litigious divorce; disqualification agreement;

1. Introdução

Esta pesquisa debruçou-se sobre a compreensão quanto à origem e desenvolvimento da resolução colaborativa de disputas familiares, método denominado como *collaborative law*.

¹ Doutor em Direito pela PUC-SP; Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá – UEM; Maringá, Paraná, Brasil; e-mail: armferreira@uem.br

² Graduanda em Direito pela UEM; Maringá, Paraná, Brasil; e-mail: heloara.martinsb@gmail.com

³ Graduando em Direito pela UEM; Maringá, Paraná, Brasil; e-mail: ra108301@uem.br

Assim, pautou-se em avaliar os possíveis benefícios desse meio interdisciplinar de resolução de disputas, bem como verificar sua proposta quanto à postura a ser adotada pelas partes frente ao conflito, seus respectivos advogados e demais profissionais contratados. Perquirindo quanto à capacidade deste método em proporcionar uma experiência bem-sucedida e capaz de minimizar os desgastes econômicos e emocionais dos sujeitos, direta e indiretamente, envolvimento em conflitos de natureza familiar.

O estudo em questão foi realizado principalmente em razão da necessidade de explorar novas de formas de resolução de conflitos que não compreendessem as partes envolvidas como adversárias, mas sim como indivíduos detentores de vontades próprias e emoções intensas, as quais demandam serem geridas e transformadas para a possível resolução colaborativa da disputa. Nesse sentido, é preciso entender que tais sentimentos conflituosos não devem ser ignorados ou excluídos. É preciso ouvi-los e, acima de tudo, compreendê-los.

A abordagem humanizada, uma das propostas da *collaborative law*, é aplicada objetivando dar espaço aos sentimentos e desejos das partes envolvidas, sem qualquer tipo de distinção. Todas as preocupações são válidas e igualmente relevantes.

Assim, no primeiro tópico da presente pesquisa, serão abordadas as questões relativas ao surgimento e contexto que proporcionou o desenvolvimento da advocacia colaborativa, bem como a comparação entre o referido método e os demais – e talvez mais conhecidos – meios alternativos de resolução de disputas. Nesta primeira parte, será realizada também a breve explicação acerca do funcionamento da dissolução familiar colaborativa.

Em um segundo momento, promover-se-á a descrição do papel e funções atribuídas ao advogado colaborativo e aos demais especialistas que podem vir a ser contratados no curso do processo; a indicação dos elementos essenciais ao método e também o levantamento dos benefícios da utilização da *collaborative law*, em contraposição à classificação de resolução adversarial por meio de ação de divórcio litigioso. Ao final, analisaremos a aplicação e prática da resolução colaborativa de disputas familiares no Brasil.

2. Origem e o propósito do método

2.1 Origem

Para uma melhor compreensão acerca do método colaborativo, faz-se necessário explicitar a história por trás de seu surgimento. O seu idealizador, Stuart Webb, um renomado advogado de família norte-americano, percebeu que mesmo nos casos em que obtinha êxito nas demandas, observava efeitos desastrosos do processo para as partes, em especial quando havia

filhos envolvidos. Assim, notava que seus clientes nunca ficavam realmente felizes, pois logo percebiam que nos processos litigiosos de natureza familiar não existem vencedores – todos perdiam (OLIVA FÜRST ADVOCACIA, 2017).

Por conseguinte, no início dos anos 1990, em Minneapolis, Webb encontrou uma nova forma de advogar, afastando-se do litígio e dirigindo sua atuação a uma prática colaborativa. De forma análoga, redigiu uma carta informando sua nova postura aos colegas de profissão e clientes, reforçando que, em caso de litígio, afastar-se-ia do caso.

Outros advogados em Minneapolis se interessaram pelas ideias de Webb e o ajudaram a formalizá-la, criando um contrato no qual ambos os advogados e as partes do divórcio participariam, comprometendo-se a negociar pautados na boa-fé e se frustrada a negociação, sendo necessário o litígio judicial, os advogados se retirariam do caso (HISTORY OF COLLABORATIVE DIVORCE, 2020).

Em entrevista a Henry Yampolsky do Living Peace Institute, em 2018, Webb dá mais informações acerca da origem do método:

“Em 1990, redigi uma carta aos colegas em Minneapolis que poderiam ter interesse no método colaborativo. Três responderam. A partir disso, tínhamos quatro advogados colaborativos em 1990”. “Nós chegamos a um sistema de acordos, o qual funcionou. Os clientes gostaram. Começamos com quatro pessoas. Ao final do ano éramos nove. Ao final do segundo ano, éramos vinte. E então o método começou a ficar conhecido no país”.⁴ (WEBB, 2018, tradução nossa).

Posteriormente, notando a complexidade e a natureza multidisciplinar do divórcio, a psicóloga Peggy Thompson e a advogada Pauline Tesler julgaram necessária a inclusão de profissionais de outras áreas na prática, criando uma equipe multidisciplinar. Essa adição proporcionou um número muito maior de resultados positivos, visto que contribuiu para uma visão mais “humana” do processo, afastando-o de tribunais e de uma ideia conflitiva.

Após a popularização da prática colaborativa em diversos estados, não apenas nos Estados Unidos, mas também em países como Canadá, França, Suíça e Austrália, profissionais brasileiros começaram a se interessar pela temática.

A chegada do método no Brasil se deve, essencialmente, a médica Tânia Almeida, assim como as advogadas Fernanda Paiva e Flavia Soeiro, cuja viagem aos EUA permitiu suas capacitações na prática. A partir disso, retornaram ao Brasil e fundaram grupos de estudos no Rio de Janeiro visando a incorporação do método à nossa realidade (DENARDI, MOURA e

⁴ In 1990, I put out a letter to colleagues in Minneapolis who might be interested in the collaborative process. Three responded. So, we had four people as collaborative lawyers in 1990. We put together our system of agreements, and it worked. Clients liked it. We started with four people. By the end of the year we had nine. By the end of the second year we had twenty. And then the word started getting out around the country.

FERNANDES, 2017). Ulteriormente, formaram-se grupos de estudos também em São Paulo, capitaneados pelo Adolfo Braga (FÜRST, 2013).

Em virtude do desenvolvimento de tais grupos de estudos, em 2013, as práticas colaborativas receberam o Prêmio Innovare na categoria Advocacia, com o texto “Práticas Colaborativas no Direito de Família”.

No ano seguinte ocorreu a 1ª Capacitação Nacional em Práticas Colaborativas, formadora de mais de 150 profissionais colaborativos e resultou na criação do IBPC – Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas. Atualmente, o IBPC já proporcionou a capacitação de mais de 1000 profissionais colaborativos em nosso território (IBPC, 2020).

Assim, considerando que o presente método está introduzido no território nacional, é que se levanta a presente necessidade de investigação, com vista a avaliar suas propostas e sua capacidade de proporcionar um melhor tratamento a conflitos de natureza familiar.

2.2 Análise Comparativa com outros métodos alternativos de resolução de conflitos

Desde o surgimento, em tempos mais remotos, dos métodos de resolução de conflitos como a Mediação e a Arbitragem, até a adoção e criação de leis específicas que regulam a aplicação dessas metodologias no direito brasileiro (Lei nº 9.307 de setembro de 1996, intitulada “Lei de Arbitragem” e Lei nº 13.140 de junho de 2015, denominada “Lei de Mediação”), tais meios compositivos têm sido amplamente difundidos e adotados como alternativa ao ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário.

Tal fenômeno ocorre, essencialmente, por dois motivos principais: primeiramente, em razão do acúmulo de demandas a serem apreciadas pelo Poder Judiciário, o que torna o andamento do processo algo custoso, tanto no sentido de altos encargos e custas processuais, quanto no sentido de morosidade e pouca agilidade processual.

O segundo motivo se relaciona com o entendimento, cada vez mais dominante, de que nem todo o conflito necessita ser analisado, processado e solucionado pelo Poder Judiciário para que um resultado justo e coerente seja obtido, ou seja, a construção da cultura de um novo senso de justiça.

É precisamente por essa última razão que novos meios de resolução de disputas têm ganhado cada vez mais espaço, seja por meio da criação de novos métodos ou pela reinvenção daqueles que já são largamente implementados no direito brasileiro, a exemplo da mediação e da conciliação.

Todavia, é imprescindível que sejam fornecidas as partes todas as informações necessárias acerca do funcionamento do meio alternativo adotado, bem como de outros métodos que poderiam ser aplicados ao caso, mas que por alguma razão, a qual também deve ser exposta, são menos recomendados.

É por esse motivo – otimização da aplicação prática dos meios alternativos de solução de conflitos –, e também para fins de comparação e organização teórica, que se faz necessário traçar um paralelo entre o método colaborativo e os demais meios de resolução apropriada de disputas.

2.2.1 Mediação

De modo sintético, é possível compreender a mediação como um meio autocompositivo baseado na premissa de que é responsabilidade das partes, que escolheram submeter-se a esse método, criar opções de solução pertinentes ao caso (LANDE; HERMAN, 2004), não podendo esse papel ser atribuído a qualquer outro profissional, seja ele o advogado (que pode ou não ser contratado), seja ele o próprio mediador.

Sendo assim, o trabalho do mediador seria o de intermediar o conflito para que as partes, restabelecendo os vínculos de comunicação, proponham acordo e se responsabilizem pelo cumprimento deste.

Ao mediador, portanto, não é permitido induzir os envolvidos a transacionar caso esses não queiram ou incluir determinações e obrigações ao termo de acordo. É justamente em razão desse impedimento, e também porque o mediador é um terceiro imparcial, que as partes devem, elas mesmas, criar os termos do seu próprio acordo de divórcio (LANDE; HERMAN, 2004).

Na mediação, a faculdade de se contratar um advogado ou obter ajuda de outros profissionais pode vir a se tornar um dilema ético ao mediador, que apesar de reconhecer a necessidade da parte, não pode fornecer aconselhamentos profissionais a ela (LANDE; HERMAN, 2004).

Outro dilema surge do fato de que o mediador, sendo um terceiro neutro, não deve emitir juízos de valor ou sugerir, de modo direto, soluções para a demanda, já que são as partes que definem o andamento e resultado do processo – e controlar os resultados da mediação emitindo juízos de valor e direcionando o processo de modo avaliativo (LANDE; HERMAN, 2004).

Embora a neutralidade e imparcialidade do mediador, em muitos casos, favoreça ambas as partes, tais elementos podem se tornar prejudiciais quando um dos envolvidos é incapaz de

negociar apropriadamente com o outro, o que muitas vezes impede que os interesses dessa parte sejam efetivamente protegidos e atendidos.

Nessa linha de pensamento, destaca-se que muitos que optam pela mediação não possuem compreensão suficiente acerca do direito ou do processo. Consequentemente, quando não acompanhados por advogado, acabam concordando com termos e obrigações que até mesmo um Juiz não determinaria. Isso ocorre, na maioria das vezes, porque os envolvidos não dispõem de conhecimento suficiente de seus direitos e nem mesmo sabem que os têm (SALAVA, 2014).

Todavia, é importante ressaltar que a mediação pode ser considerada apropriada para os casos em que as partes são igualmente capazes de negociar e defender seus próprios interesses sem a presença de advogados, e ainda, quando há preferência por profissionais neutros para guiar o processo, o que pode ocorrer quando os envolvidos não possuem poder aquisitivo suficiente para contratar advogados e outros profissionais, ou simplesmente não os querem.

A mediação também se torna mais benéfica àqueles que, ao contrário dos que escolhem o método da *Collaborative law*, possuem interesse em manter seus advogados em caso de necessidade de um divórcio litigioso, além de preferirem submeter o conflito a um método mais extensamente desenvolvido e tutelado por normas específicas (LANDE; HERMAN, 2004).

Nesse sentido, salienta-se que apesar de os métodos em discussão possuírem grandes distinções, há possibilidade de utilização conjunta da mediação e da *Collaborative law*. Essa fusão ocorre nos casos em que uma das partes submetidas ao método da *Collaborative law* deseja finalizar o processo sem a obtenção de um acordo.

Nessas situações, é aconselhado, antes do encerramento das tratativas, que ambos os envolvidos consultem um mediador. Tal intervenção, mesmo que utilizada como último recurso, é extremamente válida, já que o mediador, justamente por ser um terceiro neutro que não participou dos encontros anteriores, pode resolver o impasse que até mesmo os advogados mais bem-intencionados não puderam solucionar (LAWRENCE, 2001).

2.2.2 *Cooperative law*

Assim como as práticas colaborativas, a *Cooperative law* também é caracterizada por ser menos conhecida e pouco aplicada no Brasil. Entretanto, vale ressaltar que ambos os métodos guardam distinções entre si, as quais apesar de pequenas, possuem grande relevância prática.

A principal diferença entre os métodos, reside no fato de que a *Cooperative law*, ao contrário do método da *Collaborative law*, não conta com a presença do acordo de não litigância ou *disqualification agreement*.

Sendo assim, ainda que as referidas práticas tenham princípios comuns (LANDE; HERMAN, 2004) e possuam, de modo geral, os mesmos elementos, nos casos em que o conflito é submetido à *Cooperative law* e não houve acordo entre as partes envolvidas, os advogados que as assistiram na tentativa de composição podem também representá-las em um divórcio litigioso judicial.

Tal alternativa demonstra-se benéfica àqueles que não querem correr o risco de perder seu advogado caso uma das partes envolvidas posteriormente escolha o divórcio litigioso. Defende-se também que alguns clientes preferem o método cooperativo por se sentirem mais seguros sabendo que existe a possibilidade de manter seu procurador independentemente de a tentativa de composição ser bem-sucedida ou não (LANDE; HERMAN, 2004).

Contudo, é importante lembrar que em muitos casos, a mera possibilidade de uma das partes abandonar as tratativas e seguir com um divórcio litigioso pode gerar instabilidade e certa insegurança na negociação, a qual sempre estaria ameaçada pelo iminente perigo de converter-se em litígio (LANDE; HERMAN, 2004).

2.3 Descrição do Método

Feito o panorama geral acerca do surgimento e desenvolvimento da *Collaborative law*, faz-se necessário explicar, ainda que brevemente, no que consiste o método.

As práticas colaborativas podem ser consideradas um meio interdisciplinar de resolução de disputas. Isso porque, além de contar com a presença de advogados contratados por ambas as partes, o método também dispõe da possibilidade de auxílio por parte de especialistas que não possuem formação jurídica, tais como o especialista em desenvolvimento infantil, *coach* e financista.

Quanto ao advogado, é importante ressaltar que por se tratar de um método mais amplo que os demais, a função do procurador na *Collaborative law* também é expandida e vai muito além de uma mera representação entre cliente e advogado.

Nesse sentido, é possível dizer que ocorre uma mudança de paradigma no papel do advogado, o qual torna-se comprometido a transacionar sem a intervenção do Poder Judiciário, ou seja, fora do tradicional modelo de litigância, o que é mesclado com um exercício individualizado da advocacia dentro de um ambiente colaborativo (SPAIN, 2004).

Sendo assim, os advogados contratados por ambas as partes, juntamente com elas, focam exclusivamente em negociar sem a necessidade de levar a demanda à apreciação do juiz. Submetidos a um acordo escrito denominado *disqualification agreement* ou acordo de não-

litigância, tanto os procuradores quanto os clientes se comprometem, explicitamente, a evitar um divórcio litigioso. Assim, os advogados envolvidos no processo são desqualificados de representar as partes em ação de divórcio (LANDE; HERMAN, 2004).

As partes representadas, por sua vez, é necessária a completa divulgação de todas as informações relevantes, agir sempre imbuídas de boa-fé, bem como a participação e controle ativos no processo de colaboração (SPAIN, 2004).

Stuart Webb, o advogado criador do movimento das práticas colaborativas, descreveu a *Collaborative law* como mais similar a mediação do que as tradicionais negociações realizadas por advogados. Contudo, ele ressalta que a distinção entre o método colaborativo e a mediação reside no fato de que na primeira, as partes envolvidas são representadas por procuradores, aos quais incumbe a função de facilitar o processo sem a presença de um terceiro neutro, que seria o mediador. É justamente por esse motivo, que se pode dizer que a *Collaborative law* consiste em uma “mediação sem mediador” (CABRAL; CUNHA, 2016).

Uma das possíveis definições atribuídas ao método colaborativo, portanto, seria a de que:

Trata-se de um método extrajudicial de resolução de controvérsias, não adversarial e interdisciplinar, focada exclusivamente na construção conjunta dos processos decisórios por meio do diálogo. É pautada especialmente no protagonismo e na corresponsabilização das partes. (DENARDI; MOURA; FERNANDES, 2017, p. 61).

Embora, possa haver variações nas definições, há na maioria delas elas, um denominador comum – a existência de um compromisso assinado pelos advogados de cada parte desqualificando-se de eventuais representações desses clientes em caso de ajuizamento de ação de divórcio litigioso (SPAIN, 2004).

3. Os profissionais atuantes e demais elementos da *collaborative law*

3.1 Papel do advogado colaborativo no processo de resolução do conflito

Por se tratar de um método de resolução de disputas que não conta especificamente com a presença de um terceiro imparcial, que se responsabiliza por guiar as transações ou mesmo decidir sobre o mérito da controvérsia, aos advogados representantes das partes, conforme anteriormente apontado, incumbe uma função igualmente ampla e complexa.

Pois, contrário de uma representação processual tradicional, espera-se do advogado no exercício da advocacia colaborativa a compreensão de que não existem partes adversárias, mas sim indivíduos tomados por emoções e sentimentos ocasionados pela dissolução do vínculo matrimonial.

Portanto, a busca nesse caso, não se limita à procedência dos pedidos iniciais, mas sim à obtenção de um acordo que seja igualmente benéfico a todos os envolvidos. Por esse motivo, é imprescindível que ocorra o abandono da lógica adversarial e adoção do que chamamos de lógica do consenso.

Antes de submeter seu cliente ou qualquer conflito ao método colaborativo, o advogado necessita assegurar que aquele está completamente ciente das limitações impostas quanto à representação, já que essa encontra-se restrita ao ambiente colaborativo e não poderá ser estendida a eventual ação de divórcio. Ainda, o representado deve ser totalmente informado (de maneira compreensível e acessível) acerca de tais condições, é necessário que esse também manifeste seu consentimento quanto ao modelo de representação, bem como sobre os serviços que poderão ou não ser prestados pelo procurador (SPAIN, 2004).

Desse modo, torna-se responsabilidade do advogado avaliar se possui a capacidade de fornecer ao cliente uma representação justa, a fim de que a ele sejam informados todos os riscos e benefícios de utilizar-se da *Collaborative law* (SPAIN, 2004).

É esperado também que os procuradores envolvidos, exercendo o seu papel de profissionais e operadores do direito, possuam a competência necessária para analisar individualmente cada controvérsia, visando compreender se seria adequado solucioná-la por meio do método colaborativo ou por meio de outros métodos alternativos de resolução de conflitos (SPAIN, 2004).

Nesse sentido, o papel desempenhado dentro de um contexto colaborativo e não adversarial pode ser considerado um desafio ao procurador, já que consiste em um meio-termo entre o que seria a função de um mediador – terceiro neutro e imparcial – e a função de um advogado propriamente dito, o qual deve representar os interesses de seu cliente de modo zeloso, competente e diligente (SPAIN, 2004).

Com relação a proteção de interesses, é importante ressaltar que tal primazia não deve se limitar ao atendimento dos interesses exclusivos de uma das partes. Cada advogado envolvido no processo colaborativo não deve atender apenas as demandas de seu representado, mas sim levar em consideração também os desejos da outra parte, os quais necessitam ser atendidos com igual importância e relevância. Sendo assim, os deveres de competência e diligência do advogado são expandidos e englobam também exercício da advocacia de maneira criativa, aberta e flexível (LAWRENCE, 2001).

Em oposição ao que ocorre dentro do tradicional modelo de resolução de disputas, os advogados desempenhando seu papel nos moldes da advocacia colaborativa, não trabalham um contra o outro, mas sim como um time, visando auxiliar ambos os clientes a identificar e solucionar todos os impasses que dizem respeito ao divórcio. Desse modo, advogados colaborativos desenvolvem habilidades de comunicação e negociação e não devem opor ameaça de litígio a outra parte caso seu representado não obtenha tudo aquilo que deseja (MERLIN, 2017).

Nesse contexto, é imprescindível que os advogados compreendam que revidar agressões ou replicar argumentos do procurador da outra parte nem sempre é sinal de força ou capacidade profissional. A necessidade de sempre rebater e revidar, na realidade, pode se relacionar com certa inflexibilidade do profissional e ocasionar eventual prejuízo ou danos aos interesses do cliente, os quais devem, em qualquer situação, ser prioridade do procurador (LAWRENCE, 2001).

Além do incentivo à conversa franca e aberta entre as partes envolvidas no processo de divórcio, tal abertura deve também ser estimulada entre os advogados de cada parte, os quais necessitam, antes mesmo de assumir o compromisso de representação, discutir acerca do nível de comprometimento de cada um com o exercício da advocacia colaborativa. É preciso que ambos os procuradores estejam, na medida do possível, igualmente focados em colaborar e contribuir e não em competir. Tal cooperação mútua engloba tanto a divulgação de todas as informações relevantes para o processo, quanto a boa-fé nas negociações, o que se relaciona intimamente com o exercício de uma advocacia aberta e flexível, conforme já apontado anteriormente.

Ainda que o objetivo da *Collaborative law* seja o de promover o acordo entre as partes, existe sempre a possibilidade de que o advogado, de modo consciente ou inconsciente, comprometer seu papel ao confundir o encorajamento e estímulo à obtenção de acordo com o ato de pressionar as partes para que essas solucionem o conflito. Por essa razão, é necessário que ambos os procuradores sejam suficientemente sensíveis e evitem qualquer tipo de imposições aos envolvidos, primando sempre pelo bem-estar dos representados (SPAIN, 2004).

A literatura analisada aponta que advocacia colaborativa, quando bem aplicada, tende a proporcionar a satisfação pessoal das partes. Advogados que optam pelo exercício da advocacia colaborativa frequentemente relatam que o desempenho do papel de advogado em um contexto colaborativo envolve uma integração entre valores profissionais e pessoais, os quais se unem

na construção de uma identidade coerente, a qual traz grande gratificação profissional, que anteriormente era rara em seu trabalho (TESLER, 2019).

3.2 Equipe multidisciplinar

A contratação de profissionais neutros e imparciais pertencentes a outras áreas é importante se faz bastante oportuna. O advogado, mesmo que extremamente competente, não é capaz de lidar com todas as questões que emergem durante o divórcio, tais como os sentimentos conflitantes das partes com relação à dissolução do vínculo matrimonial, bem como as demandas financeiras oriundas de eventual divisão de bens.

Por essa razão, e também visando fornecer aos clientes uma assistência mais ampla, que abarque problemas de natureza financeira, emocional e parental, é recomendável, durante o processo colaborativo, a formação de uma equipe multidisciplinar.

Tais profissionais que compõem a equipe são treinados dentro da dinâmica psíquica do divórcio e visam uma reestruturação saudável da família, além de possuírem efetivas habilidades de comunicação, resolução de conflitos e colaboração interdisciplinar (TESLER, 2019). Paradoxalmente, pagar pelo trabalho desses especialistas, geralmente resulta em um divórcio que custa menos do que aquele em que os clientes seriam representados e assistidos apenas pelos advogados, sem o time multidisciplinar (TESLER, 2019).

3.2.1 Coach ou profissional de saúde mental

Apontam as autoras DENARDI, MOURA e FERNANDES (2017, p. 64 a 65), que o trabalho de um *coach*, ainda que focado na saúde mental dos envolvidos, não se confunde com a função de um terapeuta. O primeiro deles atua momentaneamente, durante apenas o processo de divórcio colaborativo. Incumbe ao *coach* o papel de fornecer aos clientes as ferramentas necessárias para lidar com os próprios sentimentos e os sentimentos alheios, visando especificamente a obtenção de um acordo de divórcio que beneficie ambas as partes e que proporcione uma boa relação pós-dissolução do matrimônio (MERLIN, 2017).

Sendo assim, o profissional de saúde mental não fornece qualquer tipo de terapia ao casal. Na realidade, se o *coach* percebe que seria benéfico a alguma das partes iniciar uma terapia individual, deverá encaminhá-la a um terapeuta externo, o que deve ocorrer de maneira não compulsiva, ou seja, por vontade do próprio indivíduo.

Ao psicólogo, em contrapartida, é atribuída uma tarefa mais profunda e extensa, que seria a de acompanhar o indivíduo mesmo após o término do método colaborativo e da dissolução

do vínculo entre as partes. Mesmo que o divórcio tenha sido bem-sucedido, é possível que o ex-cônjuge carregue consigo certos sentimentos e traumas que apenas poderão ser externados e profundamente analisados com a ajuda de sessões de terapia, análise essa que não pôde ser realizada pelo *coach*, já que esse não possui tempo hábil para tanto e nem foi contratado com essa função.

Nesse sentido, é importante lembrar que recuperar-se de um divórcio se assemelha à recuperação do trauma que causaria a morte do cônjuge, e tal recuperação pode tomar anos da vida de um indivíduo (TESLER, 2019). É por essa razão que é recomendável a intervenção de um *coach* durante o processo de divórcio e a assistência de um psicólogo após o término desse processo.

Muitos dos envolvidos em um processo de divórcio desejam obter um resultado positivo e sem maiores conflitos. Todavia, a maioria dos clientes não possui por si só as ferramentas emocionais necessárias para retirá-los de sua situação emocional atual e guia-los até o seu objetivo principal, que seria um “bom divórcio” (TESLER, 2019).

Sendo assim, um *coach* pode ajudar os envolvidos a distinguir o que se costuma chamar de “eu sombrio” daquele que é denominado como “verdadeiro eu” (LANDER; HERMAN, 2004). TESLER (2004, p. 325) nomeia esse “verdadeiro eu” de “*highest intentioned client*”, que traduzido ao português, seria o “cliente melhor intencionado”. Tal cliente verdadeiramente deseja um divórcio respeitoso e um acordo razoável, que permita um pós-divórcio funcional e que conte com uma família reestruturada, a qual mesmo após a dissolução do vínculo matrimonial, conta com pais capazes de educar conjuntamente seus filhos, ao passo que o “eu sombrio”, segundo a autora, seria a parte do indivíduo que foi profundamente ferida pela perda do casamento, e transita por estados emocionais de capacidade reduzida, que se caracterizam por períodos tomados por sentimentos primitivos como a raiva, medo, culpa, etc.

Desse modo, espera-se que o *coach*, durante os encontros, desenvolva juntamente com cada uma das partes, capacidades relacionadas ao cliente melhor intencionado. Portanto, a esse profissional incumbe a função de treinar os envolvidos para que esses comuniquem-se de maneira altamente focada e com maior assertividade. Cabe ao profissional de saúde mental auxiliar também na diminuição do estresse e ensinar aos clientes técnicas para controle da raiva, as quais devem ajudá-los dar um andamento eficiente ao processo de divórcio colaborativo (TESLER, 2019).

3.2.2 Especialista em desenvolvimento infantil

Apesar de o método colaborativo ser baseado na necessidade de inserir os cônjuges em um local de protagonismo durante tomada de decisões referentes ao divórcio, salienta-se que tal protagonismo não pode se tornar excessivo a ponto de colocar os filhos em segundo plano ou compreendê-los, ainda que inconscientemente, apenas como uma consequência dentro do processo de divórcio. Tal papel de protagonista deve abranger também a prole, que deve ser priorizada.

É necessário que além das vontades dos cônjuges, os desejos e bem-estar dos filhos também sejam levados em consideração durante o processo de negociação. É para justamente focar nas necessidades – principalmente emocionais – da criança ou adolescente, que o especialista em questão se insere no método colaborativo: para dar voz àqueles que muitas vezes não a tem e para de modo coerente, defender, na medida do possível, os interesses dos filhos (MERLIN, 2017), que também sofrem, assim como seus pais, com a dissolução do casamento.

Se aos pais e ex-cônjuges geralmente faltam ferramentas para lidar com seus próprios sentimentos conflitantes e compreender a natureza de suas emoções, é esperado da criança ou adolescente que esses, do mesmo modo, possuam pouca habilidade de compreensão acerca do momento que estão vivendo e dos sentimentos que dele resultam, mas que impactam sua vida de modo permanente, seja esse impacto positivo ou negativo.

O especialista, portanto, deve direcionar seu foco não àquilo que desejam os pais, mas sim em ajudá-los a comunicar-se de maneira eficiente um com o outro, de modo que os interesses da criança sejam consistentemente atendidos e compreendidos. Em alguns casos, os serviços do profissional devem ser utilizados quando existem assuntos delicados envolvendo o menor e os pais não são capazes de resolver suas diferenças sem a assistência de um especialista cujo objetivo principal é escutar as vontades do(s) filho(s), e fazer com que essas sejam também ouvidas pelos pais (MERLIN, 2017).

Sendo assim, o profissional encontrará a criança em um local privado, sem a presença dos pais, e a auxiliará a expressar seus sentimentos e preocupações sobre o divórcio, encorajando, assim, a criança/adolescente a pensar criativamente acerca do futuro. Após, o especialista deve comunicar aos advogados responsáveis pelas negociações as expectativas, desejos e esperanças

da criança quanto ao divórcio, e essas informações devem ser consideradas quando um plano sobre a vida dos filhos for traçado (MERLIN, 2017).

3.2.3 *Financista neutro*

O financista neutro, por sua vez, deve desempenhar sua função de modo a identificar a renda, despesas, ativos financeiros e débitos, além de fornecer aos advogados a documentação necessária para o processo de negociação. Esses profissionais também auxiliam os envolvidos com relação as suas preocupações imediatas no que toca questões orçamentárias. Desse modo, o especialista identifica os principais problemas financeiros das partes e presta assistência durante o processo de acordo visando analisar as questões envolvendo o pagamento de impostos e projetando, a longo prazo, as consequências financeiras de cada possível acordo de divórcio pactuado (TESLER, 2004).

O financista neutro ajuda as partes a reunir informações indispensáveis para compreender a situação financeira da família, e assiste os envolvidos na decisão de como realizar a divisão de ativos e passivos, e também em questões relacionadas ao eventual pagamento de pensão alimentícia aos filhos. Nesse sentido, salienta-se que o especialista neutro não dita às partes como devem promover a divisão de bens ou qual valor deve ser pago a título de pensão, por exemplo. O profissional apenas une os dados relevantes e necessários e os apresenta às partes e seus advogados, que usarão tais dados como ferramentas no momento da negociação (MERLIN, 2017), a qual deve ser realizada levando em conta o caso concreto e a situação financeira atual e posterior das partes, sem que nenhuma delas seja grandemente prejudicada com a divisão de bens.

É necessário também, nesse aspecto, que o financista exerça a função de educar as partes para, individualmente, poder controlar suas próprias finanças e rendimentos após o divórcio. Tal preparação deve ocorrer principalmente porque após a dissolução do casamento, a situação financeira de uma ou até mesmo de ambas as partes pode se modificar consideravelmente, principalmente nos casos em que rendas dos cônjuges se complementavam para manter um certo padrão de vida – para si mesmos e aos filhos – ou quando um deles dependia financeiramente do outro.

3.3 *Elementos e princípios que norteiam o método colaborativo*

Tem-se como elemento principal e absolutamente necessário a caracterização do método colaborativo o que se entende por acordo de não-litigância ou *disqualification agreement*. Por meio desse termo, os advogados que representam os interesses de cada parte envolvida

comprometem a se retirar de sua posição de procuradores em caso de não obtenção de acordo extrajudicial por meio da *Collaborative law* e necessidade de ajuizamento de ação de divórcio.

A extinção da representação pode ocorrer por escolha das partes – seja de uma delas ou de todas as partes envolvidas – as quais, mesmo após os encontros e negociações, compreendem que não haverá a possibilidade de composição, ou também por iniciativa do(s) advogado(s), que devem retirar-se do caso em situações em que reconhecem que apesar de todas as tentativas, não será viável ou possível chegar a um consenso sem a intervenção do Poder Judiciário. Isso pode ocorrer quando o representante percebe que um dos envolvidos não está totalmente comprometido com o método e age de má-fé, o que torna a continuidade do processo algo lesivo e fadado ao insucesso.

É necessário, em qualquer uma das situações acima indicadas, que a extinção da representação ocorra de modo a causar o mínimo de impacto aos ex-cônjuges, que não podem ser prejudicados pelo encerramento do método colaborativo, seja pela ocorrência de danos financeiros, seja pela ocorrência de danos emocionais.

A existência do acordo de não litigância foi pensada justamente para evitar possíveis ameaças de litígio que eventualmente poderiam ser proferidas por uma das partes ou por seu advogado ao outro envolvido. Por essa razão, o *disqualification agreement* também proporciona aos ex-cônjuges um ambiente mais acolhedor e seguro, no qual esses sentem-se protegidos o suficiente para expor seus pensamentos, sentimentos e fraquezas.

Essa exposição de informações e dados está submetida a um termo de confidencialidade. Por meio desse termo, fica vedado o uso de qualquer informação cedida e obtida durante a vigência do método colaborativo em qualquer situação fora desse ambiente. Sendo assim, é proibido utilizar-se de possíveis declarações feitas por uma das partes ou documentos fornecidos durante o processo colaborativo em uma futura e eventual ação de divórcio.

Nesse sentido, o fornecimento de dados, documentos e declarações, apesar de sigiloso fora do método colaborativo, dentro dele, baseia-se na premissa de que todas as informações relevantes ao processo deverão ser expostas e fornecidas pelas partes e seus representantes durante os encontros.

Nessa linha de pensamento, ressalta-se que qualquer retenção de informação por uma ou ambas as partes seria um atentado ao princípio da boa-fé nas negociações, além de se tornar um empecilho a construção de um ambiente seguro e confiável. A liberação de informações, ainda que essas não favoreçam o cliente que as fornece, corrobora para que o outro lado se sinta

suficientemente protegido e confiante para também expor aquilo que possui de relevante para o bom andamento do processo colaborativo, andamento esse que precisa ser dado de maneira conjunta, com esforço e comprometimento mútuos.

Tal princípio da informação e revelação de todas as informações necessárias é o mais típico da advocacia colaborativa e vai de encontro ao senso comum das típicas estratégias jurídicas. Nelas, as informações importantes e os documentos essenciais são geralmente mantidos em sigilo pela parte que entende como estratégico e necessário, o que não deve ocorrer no método colaborativo (MAZIERO, 2018).

Quanto as reuniões realizadas entre as partes e seus representantes, também chamadas de “*four way meetings*”, essas deverão ser efetuadas conforme a necessidade dos envolvidos. Em tais encontros – sempre realizados pessoalmente – deverão ser incentivadas discussões abertas e ativas, nas quais as partes terão a mesma oportunidade para se manifestar e apontar quais os seus desejos e objetivos.

Sobre os encontros realizados no processo colaborativo, expõe MAZIEIRO:

Estas reuniões devem ser previamente preparadas e conduzidas com o máximo de respeito, profissionalismo e zelo de todas as partes, lembrando-se sempre que o objetivo não é o de investigar culpados ou de atribuir responsabilidades, mas de identificar e acordar eventuais soluções relativas ao futuro. (2018, p.32).

As respectivas reuniões deverão ocorrer em momentos distintos. A primeira delas tende a acontecer no escritório de um dos advogados. Nela são traçados os objetivos principais de cada uma das partes, bem como serão pontuados e expostos os interesses dos envolvidos. Ainda deverá ser certificado durante o primeiro encontro se ambas as partes estão certas quanto a escolha do método colaborativo para a resolução do conflito. Nessa mesma oportunidade, serão estabelecidas diretrizes para as demais reuniões subsequentes e também os assuntos a serem priorizados, bem como eventual contratação de especialistas da equipe multidisciplinar, etc (MAZIERO, 2018).

Na última delas, ocorrerá a assinatura do termo final, documento esse em que consta o acordo resultante das negociações caso elas tenham restado frutíferas. Tal termo eventualmente terá força de título executivo e constitui obrigação imposta aos envolvidos (MAZIERO, 2018).

Caso as tratativas não tenham logrado êxito e seja reconhecida a necessidade de ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário, tal termo acima indicado não deverá ser assinado. Nesses casos, os advogados, em razão do disposto no acordo de não-litigância, deverão retirar-se do caso e repassá-lo para outro representante legal.

3.4 Paralelo entre a resolução adversária dos conflitos de família e a aplicação da *collaborative law*

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a cada três casamentos no Brasil, um acaba em divórcio. Ainda, a presença de filhos na relação vem deixando de ser obstáculo para que os casais optem pela separação, o que resultou em um aumento de 13,4% dos divórcios judiciais com guarda compartilhada entre 2014 e 2017 (ONGARATTO, 2019).

Ao levarmos em consideração o referido aumento no número de divórcios, principalmente com a presença dos filhos no processo, faz-se necessário salientar as notórias diferenças e vantagens da *Collaborative law* face à resolução adversária.

A primeira e mais relevante diferença está na intenção das partes: enquanto no divórcio litigioso a maioria dos envolvidos busca “sair ganhando” ou “vencer” o ex-cônjuge, na prática colaborativa, em contrapartida, ocorre a condução do método com o intuito de que o acordo seja proveitoso a ambos os clientes. Ou seja, na medida em que a advocacia colaborativa almeja a resolução do problema, o divórcio litigioso gera um ambiente de disputa entre os ex-cônjuges (CABRAL; CUNHA, 2016).

Outra nítida diferença é que o divórcio colaborativo, ao contrário do tradicional, ocorre integralmente fora do Poder Judiciário, sem a intervenção desse durante o procedimento. A única possível participação do Juiz seria em casos de necessidade de homologação judicial do acordo redigido conjuntamente por ambas as partes, o qual seria encaminhado ao Poder Judiciário para que, após a cientificação e manifestação do Ministério Público, ocorresse a homologação da transação (DENARDI; MOURA; FERNADES, 2017). Por essa razão, esquivava-se de custas judiciais desnecessárias, resultando em uma almejável economia processual.

Da mesma forma, a centralização das decisões “nas mãos do juiz” limita a participação das partes, dando um caráter impessoal ao processo. O método colaborativo, por sua vez, ao lidar com o divórcio de forma multidisciplinar e envolver a participação de especialistas como o *coach* e demais profissionais, traz uma maior preocupação com a vivência dos envolvidos, afastando a impessoalidade habitualmente presente no litígio.

Por fim, destaca-se que as constantes reuniões realizadas durante o método colaborativo são agendadas de acordo com a necessidade e disponibilidade das partes, o que torna o procedimento mais célere e inclinado ao sucesso, já que é o método que se adequa ao caso e aos desejos das partes, e não ao contrário. Em um processo que tramita perante o Poder

Judiciário, quase sempre os litigantes precisam adequar-se às datas disponíveis e às determinações impostas pelo Juiz, não podendo dar andamento ao processo de forma livre e personalizada.

3.5 Benefícios da *collaborative law* e o contexto no qual deve se aplicada

Conforme exposto no presente estudo a *Collaborative law* possui diversas vantagens quando comparada a outros meios de resolução de conflitos.

Ao trabalhar em conjunto com profissionais de outras áreas, a prática colaborativa orienta-se não apenas pela vontade das partes engajadas no procedimento, mas também cuida das necessidades materiais e emocionais de terceiros, a exemplo dos filhos presentes no processo de divórcio.

Outra considerável conveniência da *Collaborative law* é a possibilidade de os advogados contratados aconselharem legalmente seus clientes, aconselhamento esse que não é previsto ou obrigatório em métodos como o da mediação.

Na prática colaborativa não se requer a neutralidade e imparcialidade dos procuradores envolvidos e nem a participação de um terceiro não interessado que desempenhe a função de intermediar o conflito. Os representantes legais agem de acordo com o interesse das partes e, obviamente, respeitando os princípios da cooperação e boa-fé.

No mais, é necessário lembrar que a dinâmica mais flexível do método colaborativo o torna menos custoso, mais célere e eficiente. A ideia de que, se as partes não entrarem em acordo, terão de resolver o conflito judicialmente, o que as sujeitaria a demora causada pelo congestionamento de processos em trâmite perante a justiça comum, além do pagamento de custas, estimula a aceitação dos envolvidos ao acordo (SALAVA, 2014). Nesse sentido, as “*four-way meetings*” permitem que os participantes materializem ideias e soluções naquele momento, as quais poderiam nunca aparecer em outro procedimento.

Não obstante os benefícios às partes, a prática é benéfica também ao advogado. Em razão da percepção do procurador de que conseguiu ajudar seu cliente a passar por um processo extremamente delicado causando o mínimo de danos emocionais, o advogado colaborativo pode sentir uma realização profissional distinta do advogado de família comum, encontrando, finalmente, o seu propósito dentro da profissão e ajudando organicamente na popularização do método.

Apesar de ser extremamente vantajosa, a prática colaborativa depende de um contexto para que seja de fato, efetiva. A respeito de sua aplicação, John Lande desenvolveu um quadro

comparativo explicitando diversos fatores que afetam a aplicabilidade da *Collaborative Law* (LANDER; HERMAN, 2004).

Num primeiro momento, há o viés financeiro. Com relação a ele, o autor ressalta que partes devem estar dispostas a contratar advogados para defender seus interesses, sendo cada uma responsável pelo pagamento de seu representante. No mais, é necessário ter o conhecimento prévio de que, caso não cheguem a um acordo, os envolvidos terão de contratar novos advogados para a resolução litigiosa. Igualmente, poderão contratar outros profissionais (neutro financeiro, *coaches*, especialista infantil), cuja atuação será remunerada pelas partes, dividindo as despesas de forma igualitária.

Por último, as partes devem estar completamente dispostas a negociar de forma razoável e ter a ciência de que estão optando por uma prática inovadora, que ainda não está totalmente regulamentada pelo ordenamento jurídico e que vem se aperfeiçoando ao longo dos anos.

3.6 Aplicação e prática da advocacia colaborativa no Brasil

A advocacia colaborativa ainda não é tão difundida em nosso território, visto que é um tema relativamente novo. Ainda não está presente nas grades curriculares da maioria de nossas universidades, algo que já ocorre com a Arbitragem e a Mediação. Contudo, há espaço para o crescimento da *Collaborative law* no Brasil e também muitos profissionais que contribuem para a sua expansão em nosso território.

Dentre eles, vale citar nomes como Olivia Fürst e Adolfo Braga – ambos atuantes na área do direito, – bem como a médica Tânia Almeida. Todos esses são coordenadores do projeto “Práticas Colaborativas no Direito de Família”, vencedor da X Edição do Prêmio Innovare de 2013 na categoria Advocacia.

Igualmente, é válido destacar a atuação do advogado Franco Giovanni Mattedi Maziero, coordenador do Grupo de Estudos “As Práticas Colaborativas no Direito Brasileiro” e autor do livro “Manual da Advocacia Colaborativa”, no qual detalha o método e o seu procedimento.

Finalmente, o encontro mais recente acerca da temática ocorreu entre os dias 5 e 7 de março deste ano, na 16ª Capacitação Nacional em Práticas Colaborativas, sediada em Belo Horizonte e realizada pelo Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas (IBPC). O evento contou com a participação de especialistas na área, como Olivia Fürst, Monica Lobo, Marília Campos Oliveira e Telles e Maria Izabel Montenegro (ÂMBITO JURÍDICO, 2020).

4. Conclusão

Apesar de existirem inúmeros benefícios advindos da aplicação do método colaborativo no âmbito do direito de família, especialmente nos casos de divórcio, nota-se que tal meio de resolução apropriada de disputas ainda é pouco conhecido e aplicado ao direito brasileiro.

Embora novos meios de solução de conflitos sejam criados regularmente, dificilmente essas inovações chegam ao conhecimento do aplicador do direito, a exemplo do Juiz e do advogado.

Isso se dá justamente pela formação acadêmica do operador do direito, a qual é majoritariamente construída dentro de um contexto voltado para a disputa entre as partes, que são compreendidas quase sempre como adversárias, e não como colaboradoras na construção de uma solução que abarque os objetivos de todos os envolvidos.

Não se prioriza a possibilidade de sucesso daqueles clientes que litigam em lados contrários. O objetivo não é o acordo, mas sim resoluções que pressupõem a seguinte dualidade: se eu ganho, o outro necessariamente deve perder.

Todavia, nos casos em que uma ação de divórcio é ajuizada, ainda que formalmente exista a parte vencida e a parte vencedora, ambos os ex-cônjuges acabam perdendo. Tal perda se relaciona com os gastos financeiros referentes às custas, despesas processuais e feridas emocionais que esse processo proporciona.

Destaca-se, ainda, a cultura constantemente reforçada, seja implícita ou explicitamente, de que as partes se encontram em lados opostos e possuem objetivos irreconciliáveis. Ou seja, elas passam a se compreender e se posicionar como adversários, o que acaba impedindo a construção de um bom relacionamento pós dissolução do casamento.

Ainda que certas demandas não possam, por sua natureza, serem afastadas da apreciação por parte do Poder Judiciário, é necessário e urgente entender que nem sempre a melhor solução para o conflito é aquela imposta adjudicada por um terceiro. A melhor solução, em muitas situações, é a que foi construída pelos próprios envolvidos, que se dispendo a ouvir o outro atenta e abertamente, obtêm resultados extremamente satisfatórios.

7. Referências

ÂMBITO JURÍDICO. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/noticias/belo-horizonte-recebe-capacitacao-nacional-em-praticas-colaborativas/>>. Acesso em: 22/07/2020.

BEZERRA, E. **Advocacia colaborativa ganha força e adeptos no Brasil**. Conjur - Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-07/advocacia-colaborativa-ganha-forca-adeptos-brasil>>. Acesso em: 12/02/ 2020.

BRASIL. Lei nº 9.307 de setembro de 1997. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 1996.

BRASIL. Lei nº 13.140 de junho de 2015. Dispõe sobre a Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

CABRAL, A. do P.; CUNHA, L. C. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “Mediação sem mediador”. **Revista de Processo**. v. 41, n. 259, n/p, set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.18.PDF>. Acesso em: 22/04/2020.

CARVALHAES, G. L. **Advocacia Colaborativa: uma nova alternativa ao judiciário**. 48 f. Monografia. Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2019.

DENARDI, E. G.; MOURA, I. C. de; FERNANDES, M. C. As práticas colaborativas como um recurso para as situações de divórcio. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. esp., n. 36, p. 56-72, out. 2017.

FÜRST, O. **Práticas Colaborativas no Direito de Família**. Prêmio Innovare. Ed. X, 2013. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/proposta/praticas-colaborativas-no-direito-de-familia/print>>. Acesso em: 22/07/2020.

HISTORY OF COLLABORATIVE DIVORCE. **Collaborative Divorce.net**, 2006/2020. Disponível em: <<http://www.collaborativedivorce.net/history-of-collaborative-divorce/>>. Acesso em: 15/02/2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PRÁTICAS COLABORATIVAS – IBPC. Disponível em: <<https://ibpc.praticascolaborativas.com.br/quem-somos/>>. Acesso em: 14/02/2020.

LANDE, J.; HERMAN, G. Fitting the forum to the family fuss: Choosing mediation, collaborative law, or cooperative law for negotiating divorce cases. **Family Court Review**, v. 42, n. 2, p. 280-291, 2004.

LAWRENCE, J. K. L. Collaborative Lawyering: A New Development in Conflict Resolution. *Ohio St. J. Disp. Resol.*, v. 17, p. 431, 2001.

MAZIERO, F. G. M. Inovação na Solução de Conflitos: a advocacia colaborativa. **Revista Multidisciplinar da PUC Minas no Barreiro**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 23-46, jan./jun. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/17430>>. Acesso em: 13/07/2020.

MERLIN, R. The Collaborative Law Process Act: the future is now. **The Florida Bar Journal**, Florida/EUA, p.53-56, abr.2017.

OLIVIA FÜRST ADVOCACIA. **Práticas Colaborativas**. 2017. Disponível em: <<https://www.oliviafurst.adv.br/praticas-colaborativas>>. Acesso em: 08/02/2020.

ONGARATTO, S. Brasil: um a cada três casamentos termina em divórcio. **Revista Crescer**. Abr.2019. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Familia/Sexo-e-Relacionamento/noticia/2019/04/brasil-um-cada-tres-casamentos-termina-em-divorcio.html>>. Acesso em: 22/07/2020.

SALAVA, L. American Bar Association. Collaborative Divorce: the unexpectedly underwhelming advance of a promising solution in marriage dissolution. **Family Law Quarterly**, v. 48, n. 1, p. 1-11, 2014.



SPAIN, L. R. Collaborative Law: A Critical Reflection on Whether a Collaborative Orientation Can Be Ethically Incorporated into the Practice of Law. **Baylor Law Review**, v. 56, p. 141, 2004.

TESLER, P. H. Collaborative Family Law, **4 Pepp. Disp. Resol. L.J.** Iss. 3 (2004). Disponível em: <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/2>>. Acesso em: 20/05/2019.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WEBB, S. **Entrevista I**. Entrevista concedida ao Living Peace Institute. Entrevistador: Henry Yampolsky. 2018 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YJYGPHY7bts&feature=emb_title>. Acesso em: 18/02/2020.