

Capital Jurídico

ANO 2022 | NÚMERO 07
ISSN da versão online 2763-9959

Primeiro ano melhores artigos

P. 10
A QUARTA ONDA DE
ACESSO À JUSTIÇA:
VOCE A PERCEBE?

P. 50
LIBERDADE DE
EXPRESSÃO,
INTOLERÂNCIA E O
DISCURSO DE ÓDIO
(HATE SPEECH)

P. 36
RECUSA TERAPÊUTICA E
VACINAÇÃO COMPULSÓRIA:
UMA ESCOLHA COLETIVA

P. 15
A INEFICÁCIA
DA EXECUÇÃO
DE ALIMENTOS
PELO RITO DA
PRISÃO DURANTE
A PANDEMIA DE
COVID-19





www.revistacapitaljuridico.com.br

ISSN da versão online 2763-9959

***“O verdadeiro
conhecimento vem
de dentro.”***

(Sócrates)

Capital Jurídico

EQUIPE TÉCNICA E AUTORES

EDITOR-CHEFE

Leonardo Fontes Vasconcelos

REVISOR

Danilo Scramin Alves

EDITORES CIENTÍFICOS

Danilo Scramin Alves

Lúcio de Almeida Braga Júnior

AUTORES

André Ferreira Marques

Diego Bruno Pinho do Nascimento

Gabriel Barbosa Cavalcante

Gilliard Nobre Rocha

Giordane Dourado

Helcínkia Albuquerque dos Santos

Lúcio de Almeida Braga Júnior

Pâmela Ferreira da Silva

Pedro Augusto França Macedo

Thomaz Carneiro Drumond

Carta ao leitor

Caro leitor.

Chegamos à primeira edição de 2022.

Você pode ter notado alguma mudança em nossa rotina, e de fato houve. 2021 foi um ano incrível que serviu para sedimentarmos as nossas bases. E podemos, certamente, reconhecer que o ano foi de grande produção e de resultados.

Agora, 2022 nos vem como um momento de reformulação. A Capital Jurídico está se reformulando para deixar de ser somente uma revista e passar a ser uma plataforma produtora de conteúdo jurídico em múltiplos meios. As novidades porvindouras são muitas.

Contudo, cabe antes fazer uma menção aos grandes autores cujos artigos tivemos a honra de abrigar até o momento.

Todos, sem exceção trouxeram para o meio jurídico conhecimentos e debates muito valiosos e que agora estão eternamente registrados em nossas publicações.

Nesse sentido, como não podemos premiar todos, no final do ano passado realizamos o primeiro prêmio Capital Jurídico de melhores artigos do ano.

Na oportunidade, premiamos os eleitos como três melhores por uma comissão formada pelo editor-chefe da revista, Leonardo Vasconcelos, pelo nosso membro do conselho editorial, Danilo Scramin Alves, e pela professora do curso de direito do campus de Cruzeiro do Sul da UFAC, Sabrina Cassol.

A presente edição contempla os 10 melhores artigos eleitos por essa comissão.

Em 2022 teremos muito mais e esperamos poder contar com a sua contribuição na construção de conhecimentos jurídicos.

Um forte abraço.

Leonardo Fontes Vasconcelos
Editor-Chefe da Revista Capital Jurídico

Capital Jurídico



O que você vai encontrar nesta edição

A quarta onda de acesso à justiça: você a percebe?10

A ineficácia da execução de alimentos pelo rito da prisão durante a pandemia do Covid-19 15

Acordo de sócios: o instrumento parassocial de pacificação societária19

O xadrez processual26

A Lei 14.188/2021 e a criminalização da violência psicológica contra a mulher.....31

Recusa terapêutica e vacinação compulsória: uma escolha coletiva36

O *fresh start* após a reforma da lei de recuperação de empresas e falências41

Conflitos entre o direito à liberdade de expressão e à liberdade de crença.....46

Liberdade de expressão, intolerância e o discurso de ódio (*hate speech*).....51

Direito médico e a judicialização da medicina
58

Citações e referências feitas.....64



Conflito | Acesso à justiça | Advocacia | Autocomposição

A quarta onda de acesso à justiça: você a percebe?

Lúcio Braga

O presente texto tem como objetivo apresentar breves considerações sobre o tema resolução de conflitos e um dos grandes paradigmas que é apresentado para a nossa geração de profissionais que lidam com a resolução de conflitos: como se desenvolverão os mecanismos que têm como objetivo pacificar as divergências (particulares ou coletivas) no atual cenário do desenvolvimento da sociedade?

Isso porque, inicialmente, há de se reconhecer que o conflito é o objeto de trabalho de uma gama de profissões, incluindo-se os juristas. Não importa o ramo escolhido pelo profissional do direito, por exemplo, o conflito será sempre a razão da necessidade do advogado, do promotor, do juiz, dos auxiliares etc.

Segundo, nunca tivemos tantos conflitos como agora. Até porque nunca fomos tantos habitantes sobre a terra. Nunca vivemos tão próximos uns dos outros, nunca tivemos tantos

emaranhados de normas, órgãos, representações, representantes, ou seja, torna-se realmente mais complexa a discussão dos direitos, sejam eles particulares ou coletivos.

Os números de processos protocolados anualmente, objeto de relatório periódico do CNJ “Justiça em números”, mostra claramente a crescente judicialização dos conflitos. Isso nos faz observar que não é por falta de conflitos que o profissional do direito perderá seu lugar na consecução da justiça.

Terceiro, e tão-somente para limitar em três variáveis das muitas possíveis, temos as mudanças sociais, culturais, comportamentais do mundo pós-globalização e tecnológico. Do mundo líquido tão bem analisado pelo pensador contemporâneo Zygmunt Bauman, com conceitos sociais, forma e desenvolvimento fluidos, que desafiam os rígidos pensamentos sobre estes aspectos das relações políticas e sociais.

A questão que se coloca é o reconhecimento que nesse cenário, trabalhar com o conflito e a sua forma tradicional de resolução apenas contribui para agravar a chamada crise do sistema judicial. Pior, contribui para a ineficiência do Poder Judiciário, gerando crescente insatisfação e descrédito junto à população, que acaba por enfraquecer um Poder do Estado e o Estado Democrático de Direito, em última análise.

Mas do que estamos diante? Qual a “nova realidade” que surgira após a passagem dessa quarta “onda renovatória”? Para entender melhor, vamos esclarecer brevemente o que são as “ondas renovatórias” e lembrar das ondas anteriores.

As “ondas de acesso à justiça”.

O estudo das “ondas renovatórias do Direito” ou “ondas de acesso à justiça” foi idealizado pelo jurista italiano Mauro Cappelletti no livro “*Acesso à Justiça*”, escrito em parceria com o também jurista, o estadunidense Bryant Garth. Este clássico do direito contemporâneo foi escrito em 1978 e publicado no Brasil dez anos depois, em 1988.

No livro os autores propõem um exame metodológico da ciência jurídica a partir dos aspectos políticos do processo, identificando as “ondas renovatórias” como momentos a partir do qual o Direito teve de reconhecer certas necessidades ou condições para que não viesse a tornar-se inviável o acesso à justiça. Estas ondas não são cronológicas e estáticas, ou seja, não ocorreram em ordem e sua influência se renova



Lúcio de Almeida Braga Junior

Advogado e professor com mais de dez anos dedicados à prática, ao estudo e pesquisa sobre o processo civil e demais formas eficientes de resolução de conflitos, com enfoque na mediação e técnicas autocompositivas. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Econômico Europeu e Internacional pela Universidade de Liège (Bélgica). Vice-Presidente da Caixa de Assistência da OAB/AC.

no tempo, em especial através do processo e debate legislativo, mas também na aplicação da norma no conflito apreciado.

A primeira onda, por exemplo, diz respeito ao reconhecimento dos obstáculos econômicos para o acesso à justiça. Tornou-se evidente, independentemente do sistema legal de um país, que garantir o acesso à justiça aos menos favorecidos economicamente era uma necessidade, sob pena da completa elitização

da justiça e todos os desequilíbrios sociais que disso decorreriam.

A Lei de Assistência Judiciária Gratuita, a Lei n. 1.050, datada de 1960, se insere nesse contexto. Permitir que os mais pobres pudessem litigar sem ter custos para isso permitiu, sem dúvida, a democratização da atuação do Poder Judiciário. Apenas para demonstrar o quanto é presente essa primeira onda, é a partir dela que muitos juristas sustentam o argumento de retrocesso social com as alterações trazidas no processo do trabalho, para impor ao trabalhador a possibilidade de arcar com o ônus sucumbencial.

A segunda onda de acesso apontada por Cappelletti decorre da identificação da necessidade do acesso à justiça para a tutela dos direitos difusos e da coletividade. Não é somente importante que todos, independentemente da condição econômica, tenham acesso à justiça, mas que a Justiça também pudesse analisar demandas que interessam a determinados grupos com interesses comuns.

A Lei da Ação Civil Pública (lei n. 7.347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) são normas nesse sentido. Afinal estas leis possibilitam a judicialização de tutelas que podem beneficiar sujeitos indeterminados, mas que compartilham das mesmas situações fáticas e jurídicas, como os consumidores.

Embora esta onda se veja de forma clara e seja cada vez mais acolhida no seio profissional e acadêmico, a tutela dos direitos coletivos,

vale lembrar que dois artigos que possibilitariam a conversão de ações individuais em ações coletivas no CPC apresentado pelo Congresso Nacional foram vetadas pela então Presidenta Dilma Russel, os artigos 333, e 1.015, XII.

As razões do veto mostram a complexidade do ainda pleno desenvolvimento desta segunda onda. Vejamos: *“Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.”*

A terceira onda renovatória reconhece a necessidade de buscar novas formas de acesso aos mecanismos jurídicos. Trata do acesso à justiça em sua concepção mais ampla, primando pela efetividade na resolução dos conflitos. Há, aqui, o mais forte reconhecimento da chamada “crise do Poder Judiciário”, identificada tanto pelo excesso de demandas a ele submetidas, como pela perda da qualidade da tutela prestada.

A mudança desse paradigma está em plena evidência atualmente. Nunca se falou tanto sobre métodos adequados de resolução de conflitos, especialmente mediação e arbitragem. Mesmo porque, reconheçamos, estamos na iminência do colapso do sistema judicial tradicional, que, caso não se reinvente, passará a ser fonte de conflitos, ao invés de solucioná-los.

Esta onda renovatória influenciou fortemente o atual CPC. A conciliação e a mediação (judicial e extrajudicial) e a arbitragem ganharam o reconhecimento legal como ferramentas eficazes na resolução dos conflitos. Amparada na autocomposição e na livre autonomia de vontade, esta onda reconhece o papel de outras ferramentas não judiciais, mas úteis para o apaziguamento social.

É fácil perceber que esta mudança não se limita pelo reconhecimento meramente legal, mas pela mudança de visão imposta a todos os envolvidos no processo (advogados, juízes, MP etc.), incluindo as partes, de quem se espera, hoje, mais lucidez e maturidade para resolver de forma eficiente os seus próprios problemas.

Decorrente da ideia trazida pelo “*Tribunal Multiportas*”, há, de forma evidente hoje, o reconhecimento de que não há uma só forma de resolver o conflito, o processo judicial tradicional pautado pela adversariedade e competitividade. É possível, também, a utilização de institutos e técnicas judiciais e extrajudiciais que visam auxiliar as partes para que o conflito seja definitivamente resolvido, amparado na autocomposição e cooperação.

A quarta onda: a necessidade da humanização dos profissionais do direito.

A quarta onda renovatória já não foi escrita por Cappelletti, mas pelo seu discípulo, o jurista australiano Kim Economides, em artigo intitulado “*Lendo as ondas do ‘movimento de acesso à justiça’: Epistemologia versus meto-*

dologia?”, publicado já na segunda metade dos anos 1990.

Esta onda renovatória vai além da terceira, pois não reconhece apenas a necessidade do desenvolvimento de formas variadas para a resolução dos conflitos, mas que, de todas as formas, é necessário humanizar o processo de resolução de conflitos. Kim Economides propõe uma verdadeira renovação da epistemológica do direito e na formação dos profissionais jurídicos desde o ensino nas faculdades.

Afinal somos treinados na faculdade para olhar o conflito de forma negativa, como algo a ser evitado ou repellido. Nas aulas de IED, por exemplo, somos ensinados que o “*o Direito é um mal necessário*” e que surge “*onde falta a moral*”. Nas aulas de processo, aprendemos a usar as nulidades processuais, a jurisprudência defensiva, para evitar o exame do mérito, verdadeira razão de ser do processo.

Na faculdade, não há a preocupação em mostrar para o aluno a realidade da resolução de conflitos na comunidade da qual eles, aluno e professor estão inseridos. Muito pelo contrário, se alimenta demasiadamente a falsa imagem de que a ciência jurídica é um trampolim para uma vida econômica mais estável. Não há verdadeiramente na formação acadêmica a conscientização dos jovens estudantes sobre a realidade e os problemas sociais.

O grande desafio que se apresenta nessa quarta onda é: como torná-los profissionais atentos e sensíveis a toda a estrutura econômico-político-social que os rodeia? A solução

passa, inexoravelmente, pelo desenvolvimento de visão crítica do sistema. Essa é a razão de se dizer que esta onda objetiva uma revisão epistemológica do direito. Isto é, desenvolver uma nova visão sobre os postulados, conclusões e métodos da ciência jurídica.

Trata-se, por exemplo, de não mais observar o conflito como uma doença a ser tratada, mas como uma oportunidade de melhoramento da convivência social e coletiva. Afinal, o conflito é um fenômeno natural da vida em sociedade, e tende a se acentuar, uma vez que vivemos mais, com mais pessoas e em espaços menores, como ressaltado no início.

O leitor não percebe que de nada adianta resolver pontualmente um conflito e não tratar as verdadeiras razões da existência daquele conflito? Quantos advogados não atuaram em repetidas demandas envolvendo a mesma família, trabalhando do divórcio, na revisão da pensão, na revisão da guarda e na exoneração? Quantos inventários estão parados nos tribunais por posicionamentos irreduzíveis de herdeiros baseados somente nas relações ruins com os parentes?

Opiniões, posicionamentos inflexíveis, adversariedade, entre outras condutas violentas pautam incontáveis processos que, fatalmente, têm chance reduzida de satisfazer a qualquer das partes. É, portanto, tempo de desenvolver nova metodologia para a resolução dos conflitos, onde o ser humano passe a ser protagonista, não importando a função ou os interesses desempenhados na atividade.

Este debate ganha contornos ainda mais importantes quando consideramos a inteligência artificial – ferramenta emblemática da desumanização – como ferramenta do processo e da Justiça. A quarta onda renovatória apresenta a resposta para a pergunta da atualidade: os profissionais do direito serão substituídos por robôs? Sim, serão substituídos aqueles que não souberem se humanizar.

Você percebe agora a necessidade da mudança de paradigma, o tamanho do desafio? Não se trata apenas do Direito, mas de como vemos a vida. Se nos esforçamos em apenas repetir, e não criar; em copiar e colar, e não em reinventar, seremos facilmente substituídos por máquinas e coisas.

No fundo, a quarta onda nos traz uma pergunta indigesta: o que nos torna humanos? Somente tendo esta resposta em nível pessoal a traremos para a vida profissional. Não existe profissional humanizado e ser humano robotizado ao mesmo tempo. Como sustentam os autores Fritjof Capra e Ugo Mattei, no livro “*A Revolução Ecojurídica: o Direito Sistêmico em Sintonia com a Natureza e a Comunidade*”, é necessário “*reavaliar criteriosamente as atuais visões de mundo da ciência e do direito*”.



A ineficácia da execução de alimentos pelo rito da prisão durante a pandemia do Covid-19

Pâmela Ferreira

Antes de adentrar ao conteúdo do presente texto, cumpre ressaltar que a inspiração para escrevê-lo ocorreu após vivenciar a problemática em um caso concreto, o qual é possível ser narrado resumidamente da seguinte forma.

Condenado a pagar alimentos ao filho, no importe de 20% de seus rendimentos, o genitor estava há meses realizando o pagamento em um percentual inferior ao determinado judicialmente, razão pela qual o menor, representado por sua mãe, promoveu ação de execução de alimentos pelos dois ritos possíveis: o da prisão, correspondente aos últimos três meses inadimplidos, e o da penhora, correspondente aos demais meses anteriores não pagos.

Considerando o tema estudado, a narrativa limitar-se-á ao caso da ação de execução pelo rito da prisão.

No caso em concreto, após ajuizada ação de execução, o magistrado, em obediência ao que determina o art. 528 do Código de Processo Civil, determinou a intimação do executado para, no prazo de três dias, efetuar o pagamento dos valores executados, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de realizá-los.

Ocorre que, devidamente intimado, o executado não pagou e não justificou plausivelmente o porquê de não o fazer, motivo pelo qual o exequente requereu que fosse decretada a prisão civil do devedor, a ser cumprida em regime fechado, com o objetivo de demonstrar a coercitividade da medida e ao final ver o seu crédito satisfeito.

O pedido de decretação da prisão além de encontrar amparo na lei, também se justifica em razão do alto grau de coercitividade desta medida, isto é, sabe-se que muitos genitores

somente pagam seus débitos quando ameaçados da privação de sua liberdade, fato este que é, inclusive, reconhecido pela jurisprudência e doutrina, conforme assevera os autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

A prisão civil decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar, em face da importância do interesse em tela (subsistência do alimentando), é, em nosso entendimento, medida das mais salutares, pois a experiência nos mostra que boa parte dos réus só cumpre a sua obrigação quando ameaçada pela ordem de prisão. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 2.105)

Retornando ao caso concreto, após o pedido de decretação da prisão civil formulado pelo credor, o Ministério Público foi intimado para apresentar parecer, visto que a ação envolvia interesse de incapaz. O parecer do Ministério Público foi favorável ao reconhecimento da inadimplência do devedor, inclusive, afirmando que no caso dos autos o genitor estava sujeito à prisão civil.

Ocorre que, em que pese o Ministério Público tenha reconhecido ser o caso de prisão civil, em seu parecer o promotor requereu, com base na Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, para surpresa do credor, a suspensão da tramitação do processo por motivo de força maior pelo período em que durasse a pandemia da Covid-19, argumentando que a prisão domiciliar não possuía o efeito coercitivo necessário para fazer o devedor adimplir a obrigação.



Pâmela Ferreira da Silva

Graduada em Direito pela União Educacional do Norte e em Comunicação Social com habilitação em jornalismo pela Universidade Federal do Acre. Pós-graduada em Ciências Criminais pelo CERS. Técnica em segurança do trabalho. Advogada contratada pelo escritório Bezerra, Cardoso e Marques Advogados Associados. Atua nas áreas cível, trabalhista e criminal.

pamelamirlaf@gmail.com

Perceba toda a incoerência desta manifestação. Primeiramente, a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça aconselha que as prisões civis dos devedores de alimentos não sejam mais cumpridas em regime fechado dentro de penitenciárias, mas sim que os magistrados considerem colocar os executados em prisão domiciliar. Veja a redação da recomendação:

Art. 6º. Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus. (BRASIL, 2020).

Portanto, no caso em concreto, se o Ministério Público desejava seguir a Recomendação do CNJ, que ele requeresse a prisão domiciliar do genitor inadimplente e não somente a suspensão do feito, prejudicando ainda mais o alimentando, que além de não receber seus alimentos e ter que cobrá-los judicialmente, ainda terá sua ação sobrestada por tempo indeterminado, considerando que não há previsão de quando terminará a pandemia do covid-19.

Ademais, caso o Parquet entenda que a prisão em regime domiciliar não é dotada de coercitividade o suficiente para coagir o devedor a pagar os alimentos – entendimento este ao qual também nos filiamos, ressalvados algumas situações especiais –, que ele novamente requeira outra medida diversa da suspensão do processo, visto que interromper a continuidade da ação não beneficiará ninguém mais além do próprio devedor.

Cumprir destacar que o entendimento de que a prisão domiciliar não obterá resultados satisfatórios na maioria dos casos de execução de pensão alimentícia, vem do fato de que muitas pessoas já estão em suas casas em razão da pandemia, uma vez que as autoridades governamentais competentes decretaram várias medidas com o objetivo de conter o avanço da

transmissão do vírus, e entre as principais medidas estão o isolamento social e a quarentena.

Nesse sentido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ricardo Villas Bôas Cueva, no julgamento do Habeas Corpus nº 586.898, asseverou que “não é plausível substituir o encarceramento pelo confinamento social – o que, aliás, já é a realidade da maioria da população, isolada no momento em prol do bem-estar de toda a coletividade”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, online).

Faz-se necessário ressaltar também que a ineficácia da prisão domiciliar não é uma regra aplicável a todos os casos, pois podem existir situações em que o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar seja suficientemente coercitivo ao ponto de incentivar o devedor a cumprir com suas obrigações, a exemplo das hipóteses em que o trabalho do executado dependa de deslocamento.

O caso em concreto aqui narrado é uma das hipóteses em que a prisão domiciliar alcançaria a coercitividade necessária ao cumprimento da obrigação alimentar, posto que o genitor trabalha como vendedor externo e a decretação da prisão limitaria a sua liberdade de locomoção.

Em seguimento ao processo, após a manifestação das partes e do parquet, o magistrado entendeu por bem apenas suspender o decreto de prisão civil e dar continuidade aos autos através de outras medidas, como a inclusão do nome do executado junto aos órgãos de proteção ao crédito e a suspensão da sua Carteira

Nacional de Habilitação, esta última, por sua vez, poderia alcançar a coercitividade que se procura, já que o devedor necessita dela para o exercício de suas funções laborais.

Importa destacar que esta deliberação do juízo de piso em suspender a decretação da prisão civil é apenas um reflexo das posições tomadas pelos Tribunais Superiores, os quais têm entendido pela impossibilidade do encarceramento do devedor de alimentos, em razão do seu direito de não ter a vida exposta ao vírus dentro de presídios superlotados, conforme é possível observar na recente (30/03/2021) decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça¹.

Ocorre que, a partir do momento em que a prisão civil oriunda do inadimplemento de uma obrigação alimentar não pode mais ser decretada em razão da pandemia atualmente vivenciada, toda a execução pelo rito da prisão perde sua essência e principal objeto, que é o mandado de prisão em regime fechado, perdendo também, portanto, toda a coercitividade da melhor medida existente na busca pela satisfação da obrigação.

O resultado desta realidade é necessidade de reinvenção de todos os envolvidos, tanto as partes precisam se reinventar utilizando-se da criatividade para pleitear medidas executivas que possam alcançar a satisfação de seus direitos, quanto o próprio Poder Judiciário precisa se reinventar para entregar da melhor forma possível a tutela do direito pleiteado ao jurisdicionado.



Societário | Sociedade | Acordo de sócios | Conflitos societários

Acordo de sócios: o instrumento parassocial de pacificação societária

Gilliard Nobre Rocha

De início, vejamos um caso totalmente fictício (qualquer semelhança será mera coincidência).

Antônio e Joaquim eram amigos de longa data. Um certo dia, numa rotineira conversa de botequim, tiveram a ideia de iniciar uma empresa juntos. Tratava-se de um negócio inovador, e com excelentes chances de sucesso. O plano parecia perfeito: cada um contribuiria com metade do capital inicial, metade dos investimentos necessários para início da atividade, e dividiriam os resultados proporcionalmente. E assim, procuraram um contador, o qual lhes apresentou um modelo de contrato social, constituíram uma empresa na modalidade limitada, e iniciaram seu negócio.

Nos primeiros anos o negócio prosperou como combinado. Os resultados foram divididos como combinado, e Antônio e Joaquim fi-

caram felizes com o sucesso da empresa que construíram. A amizade seguia firme.

Um belo dia, Joaquim resolveu investir parte dos resultados advindos da empresa na qual era sócio com Antônio em um outro negócio, particular. Este outro negócio também prosperou, e começou a exigir cada vez mais dedicação de Joaquim, o qual acabou dedicando-se cada vez menos à sociedade com Antônio, deixando sua condução totalmente a cargo deste. Antônio, por sua vez, sentiu incômodo pela ausência de Joaquim, exigindo-lhe igual contrapartida na sociedade, já que percebia metade dos resultados. Insatisfeito pelas cobranças de Antônio, Joaquim exigiu-lhe prestação de contas da sociedade, levantando suspeitas de sua gestão. A amizade foi abalada.

Como o seu negócio particular estava bastante alavancado, e pensando em preservar a amizade com Antônio, Joaquim propôs sua

retirada da sociedade, apresentando uma proposta de recebimento de seus haveres que julgou adequada. Ao receber a proposta, Antônio ficou indignado, afinal, há tempos Joaquim não participava ativamente do negócio. Era pretensioso de sua parte querer receber tanto por um negócio que, de fato, já não participava.

Como não chegaram a um consenso, acabaram iniciando uma disputa judicial em torno da dissolução da empresa. O processo se arrastou por anos, sem mesmo ter uma sentença. Cansados da disputa, Antônio e Joaquim acabaram vendendo a empresa que constituíram por um preço bem abaixo de seu real valor. O processo acabou com este acordo de venda. A sociedade e a amizade também acabaram.

Este caso, como dito, é fictício. Mas, guarda total semelhança com milhões de histórias escritas ao longo dos anos, no âmbito do direito empresarial por todo o Brasil. Histórias que ainda hoje são repetidas, com pequenas mudanças de contexto e personagens, mas quase sempre com o mesmo trágico fim: litígios judiciais encerrando não apenas sociedades sólidas, mas relacionamentos antigos e vínculos considerados fortes (amigos, irmãos, pais e filhos).

Os dados de distribuição de processos coletados pelo programa “Justiça em Números”, entre os anos de 2016 e 2018, do Conselho Nacional de Justiça, revelam que a quantidade de ajuizamento de ações novas que versam sobre matéria empresarial cresceu consideravelmente, especialmente nos estados de São Paulo (de 20.452 em 2016 para 37.540 em 2018) e do Rio de Janeiro (de 6.114 em 2016 para 18.537



Gilliard Nobre Rocha

Advogado, 16 anos de experiência em direito empresarial, com sólida atuação em conflitos societários.

Mestrando em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa.

MBA em Gestão Empresarial (FGV).

Especialista em Auditoria Fiscal e Tributária (UCAM).

CEO Nobre Rocha Advogados.

gilliard@nobrerocha.adv.br

em 2018), que concentram a maior parte das empresas do Brasil.

E o ponto mais sensível desta tragédia repetida é que, na maioria absoluta das vezes, o Poder Judiciário não dispõe de meios eficazes de solucionar as demandas desta natureza, acabando em verdade, por colocar a última pá de cal sobre a sepultura societária. Aliás, vige no Brasil o chamado *Princípio da Intervenção Mínima*¹, segundo o qual as regras estabelecidas pelo contrato social (desde que de acordo com a lei vigente) não podem ser ignoradas pelos

sócios da empresa e tampouco pelo Poder Judiciário, posto que presume-se que estas (regras sociais) exprimem (ou deveriam exprimir) um consenso sob o qual os sócios concordam estabelecer convivência, instituindo suas regras e sua estrutura institucional. Nesse contexto, justamente, uma decisão judicial não deve interferir ilimitadamente em uma empresa para mudar o que foi contratado e acordado entre as partes, podendo ser reputado como excessivo ou até mesmo abusivo qualquer ato judicial que extrapole esse escopo.

O que se percebe, a partir deste contexto, é que o verdadeiro óbice à mitigação de conflitos societários repousa na insuficiência (ou inexistência) de regras sociais verdadeiramente claras, e que contemplem – como entende o Judiciário Brasileiro – o verdadeiro consenso sob o qual os sócios concordam estabelecer a convivência societária empresarial.

Isto ocorre, justamente, porque a intervenção mínima baseia-se nas ideias de proporcionalidade e razoabilidade para interferência na esfera privada e de soberania da vontade dos sócios, positivada pelos artigos 1.071, do Código Civil, que lhes atribui o dever de gestão, decisão e deliberação dos negócios sociais. Assim, se os sócios não se desincumbem deste mister, quando da constituição da empresa por meio do contrato social, nem mesmo o Poder Judiciário poderá lhes socorrer, quando em conflito.

Ora, se voltarmos a ler, no início deste texto, a história dos sócios Antônio e Joaquim, veremos que lhes faltou um ajuste real sobre as regras de convivência, gestão e dissolução

societária. É o que ocorre em quase todos os casos de conflitos empresariais: o início da relação societária foi oficializado por meio de um contrato social incompleto, que serviu apenas às exigências legais, mas não expressou a real intenção dos sócios.

No Brasil, a maioria das sociedades empresárias está organizada sob a forma de sociedade limitada (assim denominada pelo Código Civil) ou sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Para constituição deste tipo de sociedade, os sócios necessitam celebrar um contrato social, que mencionará as indicações do artigo 997 do Código Civil, devendo conter, no mínimo, os seguintes elementos: (I) nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; (II) denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; (III) capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; (IV) a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la; (V) as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; (VI) as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; (VII) a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; e (VIII) se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Como se vê, são oito exigências legais (para este tipo de sociedade), dentre as quais não estão previstos maiores detalhes quanto ao espírito dos sócios, quando da constituição so-

cietária. Ou seja, se os sócios constituem uma sociedade sob um contrato social totalmente alinhado com o Código Civil, ainda assim poderão ter deixado de formalizar detalhes que, no futuro, poderão causar conflitos sérios, capazes até mesmo de levar a sociedade à bancarrota.

É nesta lacuna legal (permita-nos assim considerar) que entra o instrumento denominado acordo de sócios. O acordo de sócios², ou de acionistas, no caso das sociedades anônimas é um documento parassocial, que será arquivado em livros próprios da sociedade e que vincula apenas os sócios e não a sociedade em si, e que tem como objetivo conectar as partes signatárias na composição de interesses comuns.

Segundo nos ensina a doutrina, trata-se de um contrato submetido às normas comuns de validade e eficácia de todo o negócio jurídico privado, concluído entre acionistas de uma mesma companhia, tendo por objeto a regulação do exercício dos direitos referentes as suas ações, tanto no que concerne ao controle como ao voto dos minoritários ou, ainda, a negociabilidade dessas ações. Tais acordos visam a composição dos interesses dos acionistas com respeito ao exercício de seus direitos políticos, junto a companhia, e patrimoniais sobre suas ações.

Juridicamente classificado como “contrato parassocial”, o acordo de sócios, que em determinados casos recebe o nome de “acordo de quotistas” ou “acordo de acionistas”, vem ganhando relevância na medida em que cuida de temas não obrigatórios no “contrato social”, ajudando a evitar o abuso de poder de quem tenha sido designado para o controle da socie-

dade, a estabelecer as hipóteses e as condições para entrada ou saída de sócios, e a mitigar os riscos de morte prematura da empresa, dentre outras questões.

Apesar de não restringir direitos individuais e essenciais disponíveis, o acordo de sócios vincula herdeiros e sucessores nas obrigações de caráter convencional (de controle ou de voto) e patrimonial (de preferência e opção). Por meio do acordo de sócios, é possível criar regras claras que melhorem a governança corporativa da empresa.

Referido acordo, se realizado pela unanimidade ou mesmo maioria dos quotistas, possui grande valia quando seu objetivo seja regular interesses particulares dos acordantes, perfeitamente lícitas, mas cuja menção no contrato social revela-se incompatível com a natureza deste ou com o sigilo comercial.

Dentre as regras que podem constar do acordo de sócios, podemos mencionar:

a) A gestão das operações, estabelecendo política de governança corporativa – um sócio possui direitos de sócio, mas não necessariamente deve participar da gestão do negócio (apenas por ser sócio);

b) As condições para que um sócio possa ocupar a diretoria da empresa, e os critérios a observar após a posse – um sócio pode dirigir os negócios, mas os sócios podem escolher, dentro de critérios técnicos, um gestor profissional;

c) Quóruns para deliberações sociais – os sócios devem participar de decisões importantes, mas sem engessar os negócios, que devem ser operados pelo seu gestor, dentro de limites estabelecidos. Os quóruns de deliberação aplicáveis são previstos nas legislações de cada modelo societário, entretanto, através do acordo de sócios ou acionistas, poderão os sócios dispor acerca de quórum diferenciado para determinadas matérias, inclusive vinculando o voto de fundadores e investidores como obrigatórios em questões estratégicas do negócio;

d) O exercício do direito de preferência na compra e venda de quotas de titularidade dos sócios no capital social da empresa, bem como de bens pertencentes ao seu ativo – o direito de preferência aos sócios para aquisição de participação societária, em relação a terceiros, está previsto no Código Civil para as sociedades limitadas. Entretanto, para o caso das sociedades anônimas não há previsão legal, de modo que o acordo de acionistas poderá dispor acerca das condições e prazos que deverão ser observados pelos acionistas. Importante ressaltar que a ausência de previsão neste sentido coloca os sócios expostos ao ingresso na sociedade de terceiro estranho, sem que lhes seja dada a possibilidade de aquisição das ações;

e) *Tag Along* (direito de venda conjunta) – cláusula que usualmente possibilita aos sócios minoritários exercerem o seu direito de retirada da sociedade pelas mesmas condições conferidas a terceiro adquirente e que ingressa no negócio. Trata-se de mecanismo de proteção a acionistas que não desejam conviver com

novos acionistas, com os quais não se identifiquem e possam entrar em conflito na tomada de decisões;

f) *Drag Along* (obrigação de venda conjunta) – neste caso a cláusula tem como enfoque a proteção do sócio majoritário (controlador), que ao receber proposta de investimento, exige a venda não somente de sua participação, mas também de sócios minoritários, pelas mesmas condições ou por preço mínimo a ser ajustado, na hipótese de o investidor não ter o interesse em participar do negócio caso os minoritários integrem o quadro societário, por exemplo.;

g) *Valuation* – definição acerca do justo valor do negócio. Os sócios poderão dispor acerca dos critérios e métodos de avaliação da sociedade, o que é fundamental para situações de saída de sócios, venda, aquisição e participação societária e que podem gerar algum tipo de conflito no futuro.

O acordo de sócios será elaborado conforme os interesses dos sócios. Por isso, além das matérias acima mencionadas (por amostra), há outras possibilidades que o documento poderá prever, tais como regras que disciplinem a saída de um sócio através de retirada unilateral ou falecimento, regras de ingresso de novos sócios, aumento de capital, critérios de resolução de conflitos, forma de distribuição de lucros, dentre outros temas que possam ser de interesse social.

Como se vê, há muitas cláusulas fundamentais para a efetiva expressão da vontade nos

sócios e que, ainda que não sejam legalmente obrigatórias no contrato social, se mostram indispensáveis à pacificação das relações societárias, e devem ser expressas num acordo parassocial.

A elaboração desse tipo de documento demonstra, ainda, uma maior maturidade e transparência da relação societária, fator que no momento de avaliação do negócio por um potencial investidor pode ser levado em consideração.

Antes de iniciar uma sociedade, não deixe de expor ao seu potencial sócio todas as suas expectativas quanto ao negócio. Combine tudo, nos mais aparentemente insignificantes detalhes. E, o mais importante, formalize todos os “combinados” no momento em que a relação entre vocês (sócios) é harmônica e estável, pois no momento de crise, a tendência é que o acordo para resolução dos conflitos seja mais difícil.

Vale a pena investir um pouco mais de tempo em cuidados jurídicos que viabilizam o negócio no futuro. O acordo de sócios é, sem dúvidas, o instrumento parassocial de pacificação societária.





REDE DE APOIO À MULHER ADVOGADA

SUORTE PARA AS PROFISSIONAIS
QUE SOFREM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

- *Consultoria Jurídica*
- *Auxílio Abrigo*
- *Sessões Psicológicas*

A CAAAC e a OAB/AC estão ao seu lado.
Conte com a gente!

Entre em contato com a Caixa de Assistência:
68 99985-3249





Processo | Estratégia | Ação

O xadrez processual

André Marques

Estratégia é, talvez, a palavra que melhor representa o jogo de xadrez. Por isso, sua relação com o processo judicial e com a advocacia é tão pertinente.

A definição de uma estratégia para o posicionamento de mercado, a escolha das áreas de atuação, a construção do perfil profissional, o estabelecimento de relações sociais, institucionais e negociais são elementos imprescindíveis e que devem se interrelacionar para o contínuo aperfeiçoamento do advogado.

Mapeados tais pontos, passo a me ater à condução de uma demanda em si, que se inicia com o atendimento ao cliente. Nesse momento, o contato direto do profissional com a parte interessada é fundamental pois é ele, sim, o primeiro juiz da causa.

Ao ouvir o relato dos fatos, faz-se necessária a coleta de todas as informações re-

levantantes – e até aquelas tidas por irrelevantes pelo constituinte – para a análise do que será pertinente ao caso posto. A partir daí, devem ser verificados os documentos e avaliadas as provas que comprovam, ou pelo menos demonstram de forma circunstancial, os fatos alegados.

Ato contínuo, inicia-se o grande trabalho do advogado: a criação e desenvolvimento da estratégia processual que será adotada. Esse mister tem início com o aceite da demanda, quando resta vislumbrado o direito vindicado, passa pela opção pela tentativa de composição adequada do conflito, pela definição da ação judicial a ser proposta, pela forma de apresentação dos fatos, pelo estabelecimento de quais pedidos serão formulados e pelos documentos que serão acostados.

Esse momento é crucial, pois é o que dá o start em tudo o que virá a seguir. Considerando, ainda, que uma falha neste ponto poderia

vir a comprometer a procedência do intento, é muito pouco provável que a parte adversa concorde com uma modificação dos termos da petição inicial, razão pela qual a atenção deve ser redobrada.

Assim, são fundamentais o zelo e o cuidado para a elaboração da petição inicial, bem como a verificação dos documentos para o protocolo da ação. Não deve existir pressa neste momento, sendo salutar, se possível, a submissão do caso para uma terceira pessoa revisar a petição e discutir a estratégia adotada. Por dever de transparência, também se mostra recomendável a apresentação desse iter procedimental escolhido ao cliente, visto que, ao fim e ao cabo, é quem virá a suportar os louros da vitória ou os prejuízos de um eventual revés.

Questões como escolha de qual juízo propor a demanda, em face de quem, quais as teses principais a serem ventiladas, o que vai ser pedido, o seu valor, ou eventual divisão dos pedidos em mais de uma ação são exemplos das escolhas que devem ser realizadas pelo advogado em conjunto com seu constituinte.

Demais disso, o patrono não se pode descuidar de deixar todos os riscos da demanda claros ao cliente, para que ele não seja surpreendido com encargos que não tinha conhecimento, como custas, honorários periciais e sucumbenciais, ou mesmo por consequências decorrentes da adoção de determinado argumento, como o julgamento desfavorável e até condenação em litigância de má-fé, ou ato atentatório à dignidade da justiça.



André Ferreira Marques

Advogado.

Sócio do escritório Bezerra, Cardoso e Marques Advogados Associados.

Vice-Presidente do Conselho Estadual de Trânsito do Acre (CETTRAN/AC).

Árbitro inscrito nos quadros da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial – CBMAE.

Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Pós-graduado em Direito Contratual e Responsabilidade Civil.

Pós-graduando em Segurança do Trabalho.

Mestre em Direito.

Diga-se, em paralelo, que acerca da gestão processual, não pode o advogado deixar de se valer de mecanismos para acompanhamento do processo, com rigoroso controle de documentos, prazos e publicações, e sempre manter documentada toda a tratativa com o cliente relativa ao caso.

Iniciado o processo, um advogado preparado deve conhecer a demanda como um todo, os fatos e provas que possui, assim como aquelas que pretenderá produzir. Deve, necessariamente, realizar a análise precisa da distribuição do ônus da prova, a fim de pautar a condução da instrução no que lhe compete. Deste modo, será possível estabelecer as provas imprescindíveis, as desnecessárias e aquelas que competem à parte adversa, otimizando a marcha do processo, dispensando o empreendimento de diligências ou pedidos desnecessários.

Por mais mezinho que possa parecer, não raras vezes nos deparamos com advogados pretendendo produzir provas adicionais relacionadas a fatos já incontrovertidos nos autos. De igual forma, a leitura equivocada do que se tem provado nos autos pode inviabilizar uma composição, ao passo que o revés da hipótese proporciona às partes uma chance maior de transacionar, uma vez que dispostas as cartas na mesa, um bom advogado tem a capacidade de fazer a leitura da instrução, projetar o resultado da sentença e, assim, melhor orientar o seu cliente em busca de minorar os riscos e prejuízos de um xeque-mate.

A audiência de instrução e julgamento também é um dos pontos nodais de um processo judicial, visto que é onde são produzidas as provas orais, tanto pelo depoimento das partes quanto pela oitiva das testemunhas. Nesse particular, importante esclarecer que além de não ser possível ao advogado requerer o depoimento da parte que representa, isso em nada lhe ajuda. Ao contrário. Deve-se ter em mente que o de-

poimento das partes tem por objetivo principal a obtenção de confissão. Deve, ainda, atentar-se que a narrativa dos fatos pelo requerente já foi realizada na petição inicial, assim como a do requerido o foi na peça de defesa. O depoimento da parte autora não prova os fatos por aí alegados, assim como o do réu não prova o que arguiu em sua contestação. Tal requerimento - de oitiva do próprio cliente - somente revela uma total falta de conhecimento processual pelo advogado que o faz.

A versão dos fatos com todos os detalhes necessários à compreensão do caso já foi (ou pelo menos deveria ter sido) cuidadosamente relatada na petição inicial. Se o autor prestar depoimento declarando informações adicionais que lhe favorecem, estes serão desconsiderados uma vez que o juiz está adstrito ao exposto na inicial. Se a parte fala exatamente o que constou na exordial, em nada lhe ajuda igualmente, posto que o seu depoimento não tem valor de prova. Por fim, se a parte revela minúcias não relatadas na petição inicial que lhe prejudicam, essas serão consideradas como confissão e usadas em seu prejuízo. Então, o melhor dos cenários para o patrono e para a marcha processual, sem dúvidas, é a dispensa do depoimento do seu cliente, posto que não correrá o risco de produzir uma contradição prejudicial na narrativa já existente nos autos.

De seu turno, diante dessa perspectiva, sempre será interessante a oitiva da parte adversa a fim de obter confissão, especialmente quando o feito envolver questões fáticas, o sendo completamente dispensável a *contrario sensu*.

A formulação de perguntas deve ser previamente planejada, buscando alcançar o cerne das questões controvertidas a partir de pontos circunstanciais, mantendo sempre que possível um equilíbrio entre a hora de atacar e recuar. Iniciar os questionamentos com perguntas simples e óbvias, pode deixar o depoente mais confortável e mais seguro. Por vezes, é uma estratégia interessante se valer de um *gambito*, jogada de xadrez consistente em sacrificar uma peça para obtenção de uma vantagem posterior. Isso pode se dar com a realização de perguntas iniciais cujas respostas lhe seriam desfavoráveis, seguidas de novas perguntas, capciosas, que vinculariam o depoente ao que já foi dito, revelando a verdade que tentava disfarçar ou, de uma maneira geral, com a desistência da oitiva de uma testemunha cujo depoimento pode colocar em risco a situação desenhada até o momento.

Ainda no que toca às testemunhas, é importante consignar a importância de que o advogado tenha conhecimento também do que cada testemunha pode provar. Tem pouco - ou nenhum - valor probante o testemunho indireto, apesar de que por vezes é um dos únicos elementos que se tem à disposição para influenciar o convencimento do juízo, mesmo que completamente circunstancial. Registre-se, outrossim, que a exploração de minúcias é sempre uma boa tática, posto que pode embasar o confronto com outros depoimentos ou documentos, colocando em xeque todo um depoimento em razão da evidenciação de uma contradição.

Todos os pontos acima mencionados, além de um processo bem organizado, coerente, com pleitos bem formulados e estruturados, com a realização de pedidos e questionamentos assertivos, somados à educação e cordialidade, pendem em favor do patrono e seu cliente quando da análise do magistrado, que por vezes, com movimentos pendulares alternados, pressiona uma e outra parte a fim de obter a verdade real.

Nesse espeque, são atributos fundamentais ao causídico a percepção e sensibilidade de pensar duas ou três jogadas adiante, fazendo a leitura da inclinação do entendimento do juízo acerca da questão que lhe foi submetida, buscando trazer-lhe para seu lado. De igual maneira, é necessário saber a hora de recuar para guardar sua posição, entendendo a impertinência da realização de mais perguntas, quando já restou efetivamente provado determinado fato, ou até mesmo a oitiva de testemunhas que nada acrescentarão, e, na contramão, podem voltar a controverter ponto que já se encontrava assentado. Diga-se, contudo, que não se trata de sempre recuar ou marcar posição. Deve o advogado, de forma educada e polida, ser firme quando verificar que as regras do jogo não estão sendo seguidas, não admitindo imposições açodadas apenas para não contrariar o juízo.

Há de se obtemperar, ainda, que a responsabilidade moral da argumentação é condição também verificada por todos os demais atores do processo. Se é certo que em centros menores é inviável a atuação do profissional em um nicho exclusivo, também se sabe que essa particularidade pode importar na atuação

em posições contrapostas. Nestes casos, não há qualquer vedação ao patrono que atua, por exemplo, em favor de um reclamante da construção civil em um processo, e em favor de uma empresa de construção civil reclamada em outro processo. Deve, contudo, manter um posicionamento uniforme e coerente, para não realizar uma postulação em um feito e sustentar o seu não cabimento em outro.

São tantos os detalhes envolvidos em um processo judicial que ignorá-los é confiar totalmente à álea o bem da vida que lhe foi confiado pelo cliente. De qualquer sorte, por certo o desenvolvimento das estratégias necessárias não importa necessariamente na procedência do pedido, mas, sem dúvidas, potencializa as suas chances.

Já em linhas pretéritas, observa-se, lateralmente, um descompromisso infelizmente considerado como natural de advogados que atuam como correspondentes, os quais têm sua atuação controlada por escritórios de outros estados em favor de grandes empresas. Sem qualquer demérito aos profissionais que se sujeitam a tal tipo de parceria, é importante lembrar que, ainda que o processo seja conduzido primariamente por outro profissional, o advogado participante da audiência é legítimo patrono constituído e é seu dever conhecer o processo e aplicar as regras da maneira mais produtiva ao seu constituinte, e, ainda, que sua atuação está sendo monitorada e avaliada por todos os partícipes do processo, se apresentando contraproducente para sua própria carreira uma atuação processual descuidada.

É como se diz, *mutatis mutandis*, se você não tem uma estratégia para sua carreira, ou mesmo para os processos que atua, não se preocupe pois certamente você já faz parte da estratégia de outro enxadrista.





Violência psicológica | Mulher | Proteção

A Lei 14.188/2021 e a criminalização da violência psicológica contra a mulher

Helcínkia Albuquerque

Quando se fala em violência doméstica e familiar contra a mulher, a primeira ideia que vem à mente da maioria das pessoas é a situação da agressão física, caracterizada por ofensa à integridade ou saúde corporal. Entretanto, além dela, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 7º, enumerou outras quatro formas de agressões: sexual, patrimonial, moral e psicológica.

Aqui, será dada atenção especial à violência psicológica, que, recentemente, foi elevada à categoria de crime, com a edição da Lei 14.188, de 28 de julho de 2021, que alterou dispositivos do Código Penal Brasileiro e da Lei 11.340/2006. Mas, antes de falar do novo tipo penal propriamente dito, faz-se necessário entender essa modalidade de agressão do ponto de vista legal.

Apesar de antiga e estrutural, a violência psicológica contra a mulher foi negligenciada

durante muito tempo pelo legislador brasileiro, até mesmo por sua dificuldade de comprovação. Trata-se de uma modalidade de agressão “sutil”, muitas vezes imperceptível pela própria vítima, mas que pode deixar marcas tão profundas quanto a violência física, na medida em que atinge o estado emocional da ofendida, maculando sua existência intrínseca.

A questão teve como marco a Lei Maria da Penha, que trouxe sua primeira definição jurídica. A partir daí, abriu-se uma ampla discussão jurídico-social. Até que, posteriormente, a Lei 13.772/2018 alterou a Lei 11.340/2006 e definiu a violência psicológica como:

qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e de-

cisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Do mesmo modo que ocorreu na Lei Maria da Penha, a definição dada pela Lei 13.772/2018 também se baseou na Convenção de Belém do Pará (Decreto 1.973/1996) e inovou na tentativa de afastar o senso comum patriarcal de que a mulher naturalmente estaria submissa ao homem.

Como se nota, ao reconhecer a subordinação psicológica como ato de violência, a legislação rompeu com as ideias arcaicas de que as pessoas não possuem igual valor e que os comportamentos sociais seriam delimitados biologicamente.

Não resta dúvida de que a violência psicológica é uma das modalidades de agressão que sustenta a assimetria entre homens e mulheres, especialmente no ambiente doméstico, e que, quase sempre, resulta também em violência física como recurso para se instituir; ou seja, quando as agressões psíquicas deixam de sustentar a hierarquia entre homens e mulheres, aplica-se a violência física, para tentar manter a subordinação das mulheres.

Assim, a violência psicológica pode ser colocada como a inicial do ciclo da violência sofrida pelas vítimas dentro de seus relacionamentos. Com a prática dela, o agressor cria uma



Helcínkia Albuquerque dos Santos

Advogada, professora de Direito Processual Penal do curso de Direito do Centro Universitário Uninorte, doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, mestre em Direito pela Universidade de Marília, pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade do Amazonas, diretora adjunta da Associação Brasileira de Advogados no Acre.

E-mail: helcinkia@gmail.com

relação de dependência e submissão entre ele e a mulher, controlando suas ações e ignorando suas liberdades. Em caso de desobediência, outras modalidades de agressão são aplicadas. Desse modo, eliminar a violência psicológica é fundamental para uma possível redução das demais formas de violência.

Objetivando erradicar esse tipo de agressão, preservar a autonomia da vontade da mulher e o direito fundamental “a uma vida livre

de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada” (Convenção de Belém do Pará, Decreto 1.973/1996, art. 3º), a Lei 14.188/2021 incluiu no rol dos crimes contra a liberdade, tipificados no Código Penal Brasileiro, a violência psicológica contra a mulher, acrescentando o artigo 147-B, com a seguinte redação:

Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Da leitura do dispositivo em apreço, infere-se que o novo crime é de ação pública incondicionada. Ou seja, a propositura da demanda independe da vontade da parte ofendida. O membro do Ministério Público não necessita da representação da vítima para oferecer a denúncia pela prática da violência psicológica contra a mulher. Trata-se, pois, de ação penal de iniciativa pública.

Nada mais justo que seja assim, dada a gravidade do delito, que causa o cerceamento da capacidade de autodeterminação da mulher e gera abalo emocional, por meio da degradação ou do controle das suas ações, capaz de criar traumas e até mesmo perturbação à saúde men-

tal da vítima. Ademais, esse tipo penal geralmente se concretiza pela ameaça e se a pessoa agredida se sente ameaçada, dificilmente terá coragem de denunciar as agressões verbais que sofre.

Aliás, o medo de sofrer mais agressões ou de não conseguir recursos financeiros para sustentar os filhos ou se autossustentar, associado ao sentimento de impunidade, é o principal fator que impede a vítima de colocar um ponto final no relacionamento abusivo e violento, bem como dificulta a formalização de uma denúncia contra o companheiro ou ex-companheiro.

Nesse diapasão, o novo crime vem tutelar justamente o direito fundamental à liberdade da ofendida de viver sem medo. O direito de conviver sem fragilidades ou traumas emocionais implantados dolosamente por terceiros. Não se deve olvidar que é preciso o dolo do agressor para sua concretização. Protege-se a integridade mental da mulher em sua totalidade.

Um tópico que gera preocupação é a comprovação do crime. Não é qualquer briga de casal que configura violência psicológica, sob pena de banalização do instituto. Até porque eventuais discursões são inerentes à vida conjugal. É preciso que as ofensas tenham repercussão na saúde mental da mulher para a caracterização do artigo 147-B, do Código Penal Brasileiro.

A materialidade deve restar demonstrada por documentos médico-legais. O prejuízo emocional decorrente da violência psicológica (nexo causal) precisa ser apontado em relatórios

clínicos e laudos periciais elaborados por médicos psiquiatras e psicólogos, nos termos do art. 158, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Como se observa, a prova da consumação do novel ilícito penal exige a realização de um exame de corpo de delito. Todavia, a perícia psicológica não é de fácil constatação, devendo obedecer aos critérios da classificação internacional de doenças (CID-10), outra dificuldade é a falta de profissionais habilitados para a realização do exame e emissão de parecer técnico.

Em caso de flagrante delito, por exemplo, mesmo que a vítima e o agressor sejam conduzidos à delegacia de polícia, nem sempre haverá profissionais da área de saúde nas unidades policiais para avaliar a situação concreta. Há, portanto, uma necessidade urgente de que o Poder Público (como um todo) equipe seus núcleos de atendimento à mulher vítima de violência doméstica com corpo técnico (profissionais de saúde) aptos a lidar com a problemática, para evitar a impunidade por falta de provas.

Apesar das críticas de alguns juristas (baseadas no receio de eventual banalização do crime ou de proteção deficiente), entende-se que a criminalização da violência psicológica veio em boa hora, ante o elevado número de vítimas de agressões morais, principalmente após o período de isolamento social (quarentena) imposto pelas autoridades sanitárias, como forma de coibir a propagação do vírus Sars-Cov-2.

Para se ter uma noção da dimensão do problema, o relatório do Instituto Patrícia Galvão divulgou que 28% dos entrevistados co-

nheciam uma mulher que foi agredida, durante a pandemia de Covid-19, pelo companheiro ou ex-companheiro, e que 60% delas sofreu agressões psicológicas e físicas.

Por sua vez, o Relatório Visível e Invisível de 2021, elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, revelou que, no ano de 2020, cerca de 13 milhões de mulheres acima de 16 anos sofreram algum tipo de ofensa verbal (insultos, humilhações ou xingamentos). Apontou, ainda, que “50,8% das mulheres que sofreram violência acreditam que a pandemia influenciou para agravar de algum modo a violência que sofreram”.

Nota-se, portanto, que o contexto pandêmico acentuou a situação e o novo tipo penal apareceu para dar proteção mais ampla e acessível à mulher, que há muito aguardava por essa providência legislativa. Pois, como já demonstrado, embora a Lei Maria da Penha definisse a violência psicológica, ela não criminalizava a conduta. Era paradoxal que o legislador brasileiro reconhecesse expressamente o comportamento como violador de direitos humanos (art. 6º, da Lei 11.340/2006) e, concomitantemente, não o criminalizasse.

Registre-se que, até o advento da Lei 14.188/2021, diversas ações enquadradas como violência psicológica representavam ilícitos civis, mas nem sempre configuravam algum tipo penal (já que, isoladamente, não eram consideradas crimes, nem contravenções). O máximo que poderia ocorrer, dependendo do caso concreto, era a classificação no formato de lesão corporal por ofensa à saúde (mental) de outrem

(art. 129 do CP), constrangimento ilegal (art. 146 do CP), crime de perseguição (art. 147-A do CP) ou ameaça (art. 147 do CP).

A falta de um tipo penal específico envolvendo a violência psicológica dificultava o deferimento de medidas protetivas de urgência, apesar de os tribunais superiores e o art. 24-A da Lei Maria da Penha autorizarem a decretação de medida protetiva civil autônoma. Nesse sentido, o novo tipo penal preencheu a lacuna que existia. Ante o exposto, conclui-se que a criminalização da violência psicológica instituída pela Lei 14.188/2021 constitui um avanço no combate à violência contra a mulher e na preservação de sua integridade psicológica. Toda legislação que visa proteger a parte mais fragilizada da relação jurídica, erradicar a violência e os abusos é benéfica e merece ser aplaudida. Mas, deve-se ter atenção quanto a comprovação da materialidade do crime, para evitar sua banalização ou proteção ineficiente à vítima.

A Lei 14.188/2021 está em harmonia com a “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres” e com os ditames do Estado Democrático de Direito. Contudo, se não forem disponibilizados instrumentos para sua concretização, não haverá diminuição da quantidade de vítimas e tudo ficará apenas no plano formal, não atingindo a seara fática, não passará de mais um tipo penal criado para satisfazer o clamor social.



Recusa terapêutica e vacinação compulsória: uma escolha coletiva

Pedro Macedo

No dia 17 de janeiro de 2021, a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) aprovou os pedidos de uso emergencial no Brasil das vacinas CoronaVac e AstraZeneca, ambas utilizadas como imunizantes contra o coronavírus. De forma geral, a notícia foi recebida com satisfação, trazendo esperança no combate à pandemia. Há, contudo, aqueles que demonstram ceticismo em relação à vacinação, quer pela ausência de confiabilidade nos métodos científicos, quer pela recusa em se submeter à vacina por convicção pessoal.

Quanto à eventual descrença na eficácia dos imunizantes, entendo que o enfrentamento da questão perpassa pela seara do conhecimento médico/farmacêutico, não sendo tarefa do operador do Direito questionar a eficácia da vacinação. Há, pois, presunção de que critérios técnicos, dotados de rigor científico, tenham sido

observados quando da aprovação da Anvisa. Assim, eventuais argumentos contrários quanto à eficácia do imunizante não passam de suposições, devidamente refutadas pelos resultados dos testes clínicos apresentados.

Noutro giro, a recusa pessoal em se submeter à vacinação atrai a necessidade de um debate jurídico. Trata-se de discussão atual, mas não inédita no cenário brasileiro. Importante recordar que, em novembro de 1904, a população do Rio de Janeiro foi às ruas para enfrentar a polícia e os agentes da saúde pública, num ato de manifestação contrário à vacinação obrigatória para prevenção da varíola, episódio que ficou conhecido como Revolta da Vacina.

Todavia, os contextos jurídico, político e social que culminaram com a Revolta da Vacina distinguem-se dos vivenciados na atual pandemia. À época, havia grande inquietude

da população com a forma pela qual o governo atuava na área da saúde pública: muitas vezes os agentes estatais lançavam mão de ações truculentas, através da invasão de casas e ordem para saída de moradores para que se procedesse a desinfecção. Interdições e demolições de imóveis, bem como internações forçadas também compunham o rol de medidas de combate à disseminação de doenças. A oposição política pretendia canalizar a insatisfação popular para tentar derrubar o então Presidente da República, Rodrigues Alves, trazendo conotação política ao movimento.

Atualmente, há um novo contexto jurídico a ser considerado. A vacinação deve ser analisada à luz dos preceitos trazidos pela Constituição de 1988. O Estado Democrático de Direito adotado no art. 1º do texto constitucional, que em sentido amplo transcende o caráter político da democracia, denota a necessidade de que os direitos fundamentais tenham prevalência aplicativa no ordenamento jurídico, assumindo o núcleo do constitucionalismo garantístico. Nesse paradigma, a tutela da liberdade assume relevante expoente na proteção do indivíduo em face de eventual ingerência estatal, assegurando a autonomia individual em face da autoridade do Estado.

Por conseguinte, em razão da liberdade individual, tem se consolidado o entendimento de que ninguém é obrigado a submeter-se a tratamento médico contra a sua vontade. Trata-se da chamada recusa terapêutica, abarcada pelo direito fundamental de escusa de consciência (art. 5º VIII CF). Dessa forma, por convicções



Pedro Augusto França Macedo

Procurador do Estado do Acre.

Professor do curso de Direito do

Centro Universitário U:verse. Mestre

em Direito. Doutorando em Ciência

Jurídica.

e-mail: pedroafranca@yahoo.com.br

personais (religiosas, morais, filosóficas etc.) entende-se ser lícito ao paciente recusar a terapia que lhe é ofertada, desde que esteja em gozo de sua capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; manifeste sua vontade de forma livre, consciente e informada; bem como exige-se que a oposição diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante. (enunciado 403, V jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal). Esse entendimento é reforçado pelo art. 15 do Código Civil, que preconiza que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Não obstante, tratando-se de vacinação, a questão ganha contornos que transcendem a órbita de disponibilidade individual, dado que o caráter coletivo da vacinação abarca normas de saúde pública, às quais devem prevalecer sobre a liberdade de consciência e de convicção filosófica. Ou seja, a liberdade de recusa terapêutica não deve se aplicar à vacinação, haja vista a necessidade de imunização comunitária como condição para combate à pandemia.

A questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, entendeu pela possibilidade de vacinação compulsória contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020. No entendimento do STF, é lícito ao Estado impor medidas restritivas aos cidadãos que se recusem à vacinação (exemplo: multa, privação de direitos), não podendo, contudo, realizar a imunização à força.

No julgamento do ARE 1267879, fixou-se a seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, tenha sido incluída no plano nacional de imunizações; ou tenha sua aplicação obrigatória decretada em lei; ou seja objeto de determinação da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar”.

Já nas ações diretas 6586 e 6587, a tese fixada pelo STF foi a seguinte: “(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, facultada a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente. (II) Tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”.

Sob o aspecto formal, o princípio da legalidade foi observado, pois a Lei nº 13.979/2020 permite que, para combater a propagação do coronavírus, as autoridades adotem diversas medidas de caráter preventivo e sanitário, dentro às quais é elencada a vacinação compulsória (Art. 3º, III, d).

Num prisma material, em consonância com a jurisprudência do Supremo acima evidenciada, entendo que, em que pese a regra seja a possibilidade de gozo e exercício dos direitos fundamentais (aqui incluída a liberdade de recusa terapêutica), em tempos de pandemia, o in-

teresse público conclama a adoção de medidas que superam a liberdade individual. Embora centrais no ordenamento, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, podendo ser relativizados à luz de outros direitos igualmente fundamentais. Dessa forma, a restrição à liberdade individual de não se submeter à vacinação justifica-se dentro do contexto de interesse social e saúde pública.

Recorde-se que, com a pandemia, diversos direitos sofreram restrições em prol da coletividade (livre iniciativa comercial, liberdade de locomoção, liberdade de reunião, religiosa, dentre outros). Tal fato evidencia que o combate ao vírus requer esforço comunitário, pois a pandemia tem o condão de atingir invariavelmente toda a população. Assim, a liberdade individual não deve estar acima de outros direitos fundamentais, sendo válida a medida de vacinação compulsória disposta em lei e de constitucionalidade reconhecida pelo STF. Reitere-se que a vacinação se apresenta como única medida médico/farmacêutica cientificamente comprovada no combate à pandemia. Necessário se faz, portanto, relegar a Revolta da Vacina aos livros de história, devendo a vacinação contra o coronavírus ser efetuada em sua máxima amplitude.





www.fontesvasconcelos.com.br

68 99251.1650



Fresh start | Falências | Recuperação | Empresas | Direito Empresarial

O *fresh start* após a reforma da lei de recuperação de empresas e falências

Thomaz Drumond

O empresário convive com o risco, o que é natural e necessário para o sucesso e lucro. Toda atividade humana pode ser destinada ao fracasso por melhores que sejam as intenções, habilidades e competências.

Culturalmente, o inadimplemento e a insolvência causam vasta censura coletiva. No revés empresarial, o falido recebe a indelével marca em sua biografia com a pecha de mau pagador. Ainda que não haja qualquer traço de desonestidade ou fraude nos atos do empresário, em nosso país dificilmente entende-se a falência como a mera consequência de uma gestão desacertada, de tributações exorbitantes, inabilidade empresarial ou legítimo insucesso comercial. Por outro lado, não se ignoram os inúmeros exemplos de quebras que foram consequências de atos desonestos, criminosos, com a intenção

de lesar credores. Certamente, estes é que levam o instituto da falência a sua má-fama.

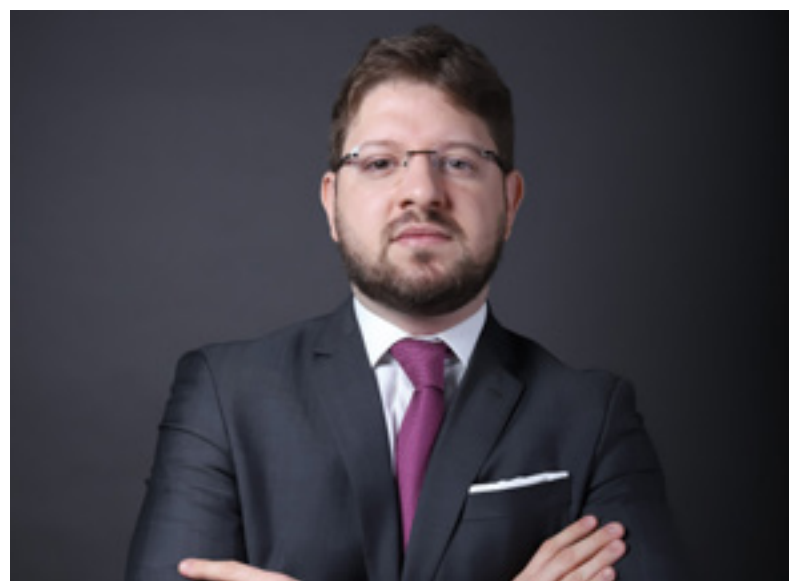
A Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e de Falências) prevê em seu art. 102 que o falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial desde a decretação da falência até a sentença que extingue suas obrigações. É natural que não seja eternamente impedido de exercer suas atividades, razão pela qual a legislação prevê a reabilitação do falido nas hipóteses de extinção de suas obrigações falimentares, regradas especialmente pelo art. 158.

Mas as dificuldades em se obter a extinção das obrigações nos moldes da legislação original pareciam desestimular o devedor a seguir o rito falimentar formal.

A demora do processo – que chega, em média, a 10 anos¹ no Brasil – e demais obstáculos para o falido retomar suas atividades por meio dos instrumentos falimentares acabam por conduzir, muitas das vezes, a dissoluções irregulares e informais que prejudicam toda a coletividade, seja porque os credores gastarão esforços frustrados em busca de bens que há muito não estarão mais acessíveis, seja porque o falido não poderá realizar novas atividades em seu nome, razão pela qual é comum vermos pessoas interpostas em atuação em nome do falido, os famosos “laranjas”. Nada disso contribui para a economia do país.

Afinal, ao somarmos a década média com o período mínimo de 5 (cinco) anos para a reabilitação na legislação até então vigente – em caso de ausência de bens suficientes para pagamentos nos termos da lei –, vislumbramos o transcurso de 15 anos para a retomada das atividades do falido. As dificuldades para a extinção da falência impedem, então, a reabilitação para novas atividades. Com isso, não geram riquezas, empregos, tampouco pagamento de tributos, na contramão dos objetivos desejados que devem prestigiar os princípios da preservação da empresa, da valorização do trabalho e da livre iniciativa.

Nesse contexto, desde a discussão do projeto legislativo que recém alterou a lei de falências tem sido festejada a adoção ou aperfeiçoamento de um *fresh start* que, em tradução livre, significa rápido recomeço, novo começo ou até mesmo nova chance. Todavia, ao contrário de algumas vozes que defendem que o me-



Thomaz Carneiro Drumond

Procurador do Estado do Acre.
Graduado pela UFMG e Pós-graduado em Direito Empresarial, Administrativo e Tributário.
Cursou *Contract Law* pela Harvard University e *Constitutional Interpretation* na Princeton University.

Atua há mais de 14 anos no Direito Público e Privado, com ênfase em direito empresarial e em processos de alta complexidade.

Advogado sócio de Drumond Leitão Torres Advogados.

@thomaz.drumond

@dltadv

thomazdrumond@dlt.adv.br

canismo seria muito parecido com o americano, não se pode dizer que houve uma importação integral do *fresh start* no Brasil especialmente porque a aplicação desse sistema em nosso país parece se dar de forma diversa de suas origens.

O instituto foi incluído em nossa legislação quando da modificação do art. 158 da lei falimentar em redação dada pela Lei n. 14.112/2020, que trata da extinção das obrigações do falido. As alterações que merecem destaque nesse texto são a inserção do inciso V no precitado artigo, bem como a inclusão do inciso III no art. 75.

Na redação anterior do art. 158, as obrigações do falido eram extintas pelo pagamento integral aos credores – situação extremamente rara – (inciso I); pelo pagamento, após a realização do ativo, de no mínimo 50% dos credores quirografários – naturalmente após o pagamento dos créditos de maior hierarquia – (inciso II); pelo transcurso de 5 (cinco) anos desde o encerramento da falência se não houver condenação por crime falimentar (inciso III); ou pelo transcurso de 10 (dez) anos desde o encerramento, se houver condenação por crime falimentar (inciso IV).

As alterações que nos interessam foram as revogações dos incisos III e IV, que previam extinção das obrigações do falido por mero transcurso de tempo após a definitividade da sentença de *encerramento* da falência, e a inserção do inciso V.

A novidade relacionada ao *fresh start* foi a inclusão do inciso V, que prevê a extinção das obrigações do falido a partir do “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”.

Para que o detalhe não passe despercebido: pela literalidade da lei, o prazo anterior era calculado desde o “encerramento da falência”, ao passo que o reduzido, de 3 (três) anos, conta-se desde a “decretação da falência”, momento anterior, consumado pela sentença que julga procedente o pedido falimentar, de natureza constitutiva², antes mesmo de seu trânsito em julgado.

Esta redução dos prazos de 10 (dez) e de 5 (cinco) anos para 3 (três) anos, além da mudança do termo inicial da contagem, vai ao encontro de uma das inovações da lei no inciso III, do art. 75, que estabelece como um dos objetivos da falência “*fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica*”, o que também aponta a doutrina como inovações associadas ao *fresh start*.

Com isso, a nova lei positivou e esclareceu que o procedimento falimentar não objetivará apenas a liquidação dos bens para pagamentos dos credores com o respeito ao princípio *par conditio creditorum*, mas que também fomentará o rápido retorno do falido ao mercado.

O novo recomeço visa adotar o modelo do *discharge* da lei americana, um sistema ou mecanismo que exonera o falido de seus débitos anteriores. Por aqui, Carvalho de Mendonça³ já há muito apontava que a falência possuía mais de uma função, sendo uma delas justamente a de conferir a *liberação* das dívidas pré-falimentares, e não apenas a sistemática de pagamento de credores. A doutrina americana⁴ também leciona que uma das finalidades da “liquidação”,

além da justa divisão do patrimônio aos credores, seria o de oferecer o recomeço, o *fresh start*, com a liberação das dívidas. Há a extinção das obrigações anteriores, com seu perdão, salvo algumas pequenas exceções como a manutenção de débitos com o fisco.

A exoneração dos débitos pelas regras americanas possui um viés de estímulo ao novo empreendimento, especialmente porque exige que o insolvente realize cursos de educação financeira e permite que permaneça com alguns bens para se recolocar no mercado. É condição do *discharge* o atendimento de alguns requisitos⁵ a depender dos motivos da crise que levou à quebra, se o falido agiu honestamente e com boa-fé, lealdade ao processo falimentar, ou se houve gestão temerária do patrimônio, intenção de obter vantagens ilícitas ou prejudicar credores etc⁶.

Tal ambiente é favorecido pela filosofia liberal e capitalista dos Estados Unidos, pouco paternalista, em que os empreendimentos econômicos são bastante prestigiados pelo mercado com crédito barato para estimular o empresário a girar a máquina do “sonho americano”.

Ao contrário da antiga lei de falências brasileira (Decreto-Lei 7.661/45), que teve inspiração francesa, a lei 11.101/2005 e a reformadora 11.412/2020 receberam forte influência norte-americana, especialmente do *Bankruptcy Code*, que possui a concepção de que se deve incentivar e estimular uma nova chance ao falido, como aprendizado para se aperfeiçoar, em vez de tratá-lo como merecedor de uma punição. A premissa daquele direito é que a falên-

cia deve ser considerada como consequência do insucesso comercial, e não necessariamente de atitudes antiéticas do empresário.

Mas, muito embora se reconheçam os avanços inseridos na lei para reabilitação do falido e a inspiração do instituto norte-americano no Brasil, não há como dizer que fora integralmente aplicado em nossa legislação, especialmente em razão das diferenças contextuais e econômicas entre os países. Por lá, o recomeço tem como base o aprendizado, a boa fé e a correção dos equívocos, em estímulo ao novo empreendimento. Já no Brasil, a nova chance, que poderá ocorrer por mero decurso de tempo, não garantirá uma experiência semelhante à americana porque o empresário tenderá a cometer os mesmos erros.

Por fim, a alteração legislativa deve ser comemorada por visar à preservação da empresa e nova oportunidade ao empreendedor, mas algumas críticas devem ser feitas com relação às consequências práticas.

O art. 102 fala em inabilitação do falido para atividades empresariais, ao passo que o art. 158 dispõe acerca da extinção das suas obrigações. Mas quem é o *falido*, na prática, e como o *fresh start* o beneficia?

Deve-se ter em mente que no caso das sociedades empresárias com responsabilidade limitada os efeitos da falência atingem a *sociedade*, mas não os sócios – ressalvada a ação de responsabilidade do art. 82, ou a excepcional extensão dos efeitos por desconsideração da personalidade jurídica prevista no parágrafo

único do art. 82-A, por exemplo. A sociedade empresária é a *falida*.

Tal destaque é relevante porque nos casos de empresário individual ou de sócios sujeitos à responsabilidade *ilimitada*, são eles mesmos quem suportam os efeitos automáticos da inabilitação, ou seja, são de fato os “falidos”. Ficam impedidos, inclusive, de ser administradores de sociedade empresária ou empresários individuais.

Essa diferenciação conduz à conclusão de que é possível que o sócio de uma sociedade falida, que não tenha sido responsabilizado ou sofrido extensão da falência, mantenha-se ou torne-se sócio de outra sociedade empresária. Logo, o descrédito da pessoa jurídica que sofreu processo de falência – que dificilmente dissipará a reputação de má pagadora ao extinguir suas obrigações falimentares por mero decurso do tempo –, aliado à possibilidade de os sócios constituírem nova sociedade com nome “limpo”, parecem afastar o interesse em um *fresh start* pelas próprias sociedades que sofreram a quebra.

Tudo isso leva a crer que o nominado recomeço seja de difícil aplicação prática em falências de sociedades empresárias com responsabilidade limitada, sendo, à primeira vista, adequado aos empresários individuais e aos sócios sujeitos à responsabilidade ilimitada, quando falidos, como resultado de uma interpretação em proteção à dignidade da pessoa humana. Estes são quem sofrem, *a priori*, pessoalmente os efeitos da falência, e podem ser diretamente beneficiados pela novidade.

Resta-nos acompanhar os benefícios do novel instituto no país.

Veja as referências feitas neste artigo na página 64.





Direitos fundamentais | Liberdade de expressão | Liberdade de crença

Conflitos entre o direito à liberdade de expressão e à liberdade de crença

Gabriel Cavalcante

Primordialmente, é indispensável o destaque dado à liberdade de expressão, visto que este é um direito consolidado na Constituição Federal. De igual modo, o direito à liberdade de crença, também positivado em nossa Carta Magna e defendido pelas legislações internacionais, figura como parte essencial no rol de direitos resguardados no ordenamento pátrio.

Nisto, dado o fato de que ambos os direitos integram aqueles denominados como “direitos fundamentais ao ser humano”, mas que não possuem natureza absoluta, é plenamente possível a ocorrência de conflitos entre estes direitos. E quando o exercício de um desses direitos é feito de maneira errônea e irresponsável, de modo que ultrapasse e atinja o direito de outrem, há a possibilidade de que toda uma população seja indiretamente ofendida.

No que tange à liberdade de expressão, em suma, a CF de 88, em seu artigo 5º, IX, trata que a liberdade de expressão pode ocorrer de diversas formas, como artística, científica e de comunicação, e que esta não pode ser censurada ou condicionada a permissões.

Assim, basicamente, a liberdade de expressão é a possibilidade de transferir aos outros, pensamentos, opiniões, ideias etc. Para Lellis et al (2013, p. 34), sob esta ótica filosófica e jurídica, ser livre é algo que está intimamente ligado ao mínimo de garantia digna que deve ser dada ao ser humano.

De igual modo, a liberdade de crença, também prevista na CF 88, em seu art. 5º, VI, é a possibilidade de manifestação religiosa, de culto e organização, livre de censura, o que demonstra a Laicidade e liberdade de culto presente no Brasil, que dá margem para que um

indivíduo, dentro dos limites legais, possa expressar livremente aquilo que crê.

E em suma, dada a grande diversidade e a laicidade do Estado implementada no Brasil, grande parte da sua população professa alguma fé ou religião. O censo demográfico realizado em 2010, pelo IBGE, apontou que cerca de 86,8% da população brasileira é cristã, sendo 64,6% professando a fé católica-romana e 22,2% protestantes (Evangélicos), foi levantado também o registro de 8% de cidadãos que não professam uma religião, 2% que professam o espiritismo, 1,6% as religiões afro-brasileiras e 3,2% de outras religiões. Sendo assim, qualquer ofensa pública, em especial, à fé cristã, que ganhe maior notoriedade midiática, ocasiona em grandes proporções, uma ofensa à grande parte da população brasileira.

Não obstante, no Brasil também é assegurado a liberdade de expressão, o que permite, por obviedade, que seja feita alguma crítica ou que seja dada uma opinião sobre determinada religião, contanto que esta não seja desrespeitosa ou ofensiva.

O que ocorre, porém, é que por diversas vezes, o limite da liberdade de expressão em relação ao direito de crença de outrem é extrapolado, tornando-se ilícita a expressão e ofendendo, assim, um direito também considerado como essencial ao ser humano.

Obviamente, religião é tema pessoal, você, sua fé e sua consciência, que quando professadas, à depender da doutrina a qual o indivíduo segue, implicam em tipos de comportamen-



Gabriel Barbosa Cavalcante

Bacharel em Direito pelo Centro
Universitário Uninorte.

to, abstenções, opiniões acerca de determinados assuntos e várias outras questões de postura em relação a fé que possui – Claro, não há o que se falar de defesa em relação à discurso de ódio ou incentivo ao preconceito contra aqueles que não professam a mesma fé – que integram o sentimento religioso daqueles que creem, e que devem ser respeitadas em face daquele que não professa ou que discorda, sendo o respeito um dos princípios basilares para a harmonia dentro da sociedade.

E sobre isto, também é equivocada a conclusão de que, por deterem carga social relevantíssima, estes direitos sejam absolutos. Conforme a fala de Moraes (2016), os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna. O que pressupõe que, quando há esses conflitos,

existirá inevitavelmente a limitação, ora total, ora parcial, de um ou mais direitos.

Assim, visto que há a necessidade de análise de tudo que envolve o conflito e os indivíduos por ele abrangidos, a solução sempre irá pender para aquele que apresentar maior e indispensável importância e que apresente maior necessidade de proteção do Estado ao indivíduo. Desta feita, esclarece-se a necessidade de ponderação e proporcionalidade na resolução desses conflitos entre a liberdade de expressão e a liberdade de crença.

E diante dessa antinomia jurídica, quando da prática da intolerância religiosa, o legislador previu, por exemplo, a possibilidade de responsabilização criminal, conforme descreve o artigo 208 do Código Penal Brasileiro, de modo que quando da ocorrência dessa ofensa, o Estado pode ser acionado por meio do judiciário, de maneira a assegurar a liberdade de crença.

Outrossim, é indispensável salientar que a garantia em relação a liberdade de expressão possibilita que indivíduos possuam opiniões divergentes, inclusive no que tange às crenças, a favor ou contra às referidas ou em relação à algum assunto decorrente destas, e não serem punidos por isso. Porém, denegrir, vilipendiar ou insultar a fé ou crença de alguém por um preconceito a respeito da religião, configura uma expressão ilícita e intolerância religiosa.

No que tange à possibilidade de responsabilização criminal pela prática de intolerância religiosa, Nucci (2008, pág. 852), descreve essa penalização como uma subdivisão que contém

três espécies criminosas autônomas, quais sejam, a Zombaria; o Impedimento, ou a Turbação, de ato ou fé religiosa, e por fim o ato de Vilipendiar, destacando que em decorrência dessa autonomia de cada ação descrita, permite-se que, quando houver a prática de mais de uma ação, o indivíduo possa ser responsabilizado criminalmente por cada uma, em concurso material.

Quanto à zombaria motivada pela religião, que remete à escarnecer outrem (troçar, ultrajar, motejar), tem-se que, para ser configurado, há a necessidade de ser de maneira pública, ou seja, um escarnecimento público, que seja veiculado em imprensa, internet, etc. e que haja o dolo na intenção de ridicularizar ou faltar com o respeito, não sendo necessária que alcance midiaticamente toda a população nacional, sendo essencial apenas que seja dado o caráter de publicidade do ato em veículos de mídia, mesmo que o fato não ganhe elevado destaque ou relevância.

No que se refere ao ato que impede culto religioso, o ato chave da tipificação remete ao impedimento (interrompe, para), ou seja, de algum modo o indivíduo dá causa ao fim ou efetivamente origina a interrupção de um culto, embasado no intuito de atingir ao ato religioso, ou perturbar (turba, atrapalha) um culto, cerimônia ou prática religiosa, que, em caso, o indivíduo não interrompe, mas veementemente atrapalha o prosseguimento normal do culto em si, sendo caracterizado como um crime comum, formal, ou seja, não há taxatividade ou indivíduo próprio previsto para estes casos. Basta o

dolo eventual sendo irrelevante o fim visado pelo agente (TACrSP, RT 491/318).

Há ainda a tipificação “vilipendiar”, que remete ao considerar vil, desprezável, ao ultraje injuriosamente à determinada religião ou sentimento religioso. Excede o aspecto de ofensa e insere-se em humilhação.

Há ainda a possibilidade de majoração da pena nesses casos de violação do direito de crença, quando há emprego de violência (física), ou seja, além de atingir publicamente a fé ou sentimento religioso, o indivíduo também usa de força física para atingir diretamente a público determinado, motivado pelo preconceito contra a crença destes, razão pela qual a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da pena corresponde à violência, nos termos do art. 208, parágrafo único.

Em relação à reparação indenizatória por danos morais sofridos em face de um preconceito referente à opção religiosa de um indivíduo, denota-se a possibilidade de reparação, visto que não há necessidade de que a lesão capaz de ensejar o dever de indenizar por dano moral coletivo atinja diretamente um número significativo de pessoas, bastando que possa ofender uma coletividade e atingir os valores essenciais que devem estar assegurados ao exercício do direito de crença, bastando a devida comprovação do dano sofrido e do nexo entre o dano e o autor que viera a causa-lo.

Este fora o entendimento da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, no processo nº 0000029-08.2013.5.01.0013,

condenando um banco a pagar R\$ 100 mil de danos morais coletivos por discriminação religiosa ocorrida em uma de suas agências na cidade do Rio de Janeiro.

Assim, demonstra-se a necessidade de manutenção por parte do legislativo e judiciário, o primeiro propondo leis que regulamentem de maneira específica a proteção ao direito à liberdade de crença, em face da liberdade de expressão, quando da expressão ilícita, e no caso do judiciário, fazendo cumprir as normas de maneira a assegurar esses direitos de maneira efetiva.

Ao governo na promoção de palestras e programas que conscientizem à população acerca da necessidade de respeito mútuo entre os cidadãos, pois as leis seriam apenas uma suplementação em caso de descumprimento, mas o respeito em si, se fixado entre os cidadãos, pode de maneira mais efetiva, reger as relações entre esses indivíduos.

E como dito, é plenamente plausível discordar, emitir opiniões e pensamentos acerca de uma religião ou fé, principalmente em um país como o Brasil, que conforme dados oriundos do IBGE, apresentados no artigo, têm naturalmente diversas religiões.

Mas o destaque quanto à manutenção destas relações se dá com o fim de evitar o desrespeito, as agressões, ofensas, e tudo aquilo que diminui o direito de outrem supostamente em nome de um outro direito.

Ambas, expressão e crença, devem ser asseguradas e as duas possuem, internacional-

mente, previsões legais que vinculam o Governo, em sua natureza de Garantidor de direitos, como parte necessária e atuante na defesa destes direitos.

É plenamente possível expressar o que se pensa sobre um ato religioso ou crença, sem diminuir o direito de outrem de professar livremente sua fé ou religião, ambos dentro dos limites legais, envoltos no respeito necessário em uma sociedade civilizada.



Liberdade de expressão | Penal | Discurso de ódio | Dignidade da pessoa humana

Liberdade de expressão, intolerância e o discurso de ódio (*hate speech*)

Giordane Dourado

Em um mundo regido pela dinâmica das redes digitais, onde qualquer pessoa pode expor em escala global sua manifestação do pensamento, os debates sobre o âmbito de proteção da liberdade de expressão são sempre atuais e relevantes, sobretudo quando esse direito fundamental é utilizado como instrumento de opressão de grupos ou minorias.

É consenso nas democracias constitucionais que a liberdade de expressão representa garantia indissociável do livre desenvolvimento da personalidade e da participação igualitária de todos no debate público, impulsionando a possibilidade de os cidadãos influírem nas decisões dos agentes de poder. Nessa perspectiva, o Estado, por sua atividade legiferante, não pode produzir leis que pretendam conduzir ideologicamente o pensamento da sociedade, ou seja, que tenham a intenção, ainda que subliminar, de disciplinar a visão de mundo das pessoas.

Do que foi exposto, segue a lição de que a lei não pode ser produzida com o objetivo de doutrinar nem de sufocar o espírito crítico, muito menos de inibir a curiosidade de enxergar o mundo através de vários matizes e ângulos, pois é fundamental o processo íntimo de cada um de autorreflexão e convencimento sobre os fenômenos da realidade.

Mas quando a liberdade de expressão implicar ofensa coletiva a outros direitos fundamentais dignos de proteção, como a igualdade e a segurança de certos grupos, poderia o Estado intervir e comprimir a manifestação do pensamento? Partindo-se de exemplo prático, poderia uma lei proibir a divulgação de ideias nazistas ou punir quem as propale?

Na Alemanha, país que até hoje carrega a infeliz lembrança de ter sido a sede do regime nacional-socialista, responsável pela 2ª Grande

Guerra e por atrocidades contra os direitos humanos, como o Holocausto dos judeus, o Tribunal Constitucional Federal, em franca exceção ao critério de generalidade das normas que limitam opiniões, entendeu possível a elaboração de direito especial, com limitação à liberdade de expressão, em relação a manifestações em sentido favorável ao nazifascismo na sua realidade histórica, com o argumento de que essas manifestações não podem ser equiparadas às demais e possuem grande potencial de causar perturbações nas ordens interna e externa¹.

No sistema jurídico brasileiro há exemplo nítido de norma que, no mérito da regulação axiológica do pensamento, proíbe expressamente a manifestação de opiniões vinculadas à ideologia nazista, o que decerto representa ingerência do legislador no conteúdo da expressão. É o que ocorre com a tipificação penal do artigo 20, cabeça, da Lei nº 7.716/1989², que pune com pena de um a três anos e multa quem “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, complementando no seu § 1º que a sanção será de dois a cinco anos de reclusão e multa para aquele que “fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo”.

Os dispositivos da Lei nº 7.716/1989 que reprimem o preconceito e a manifestação de apreço ao simbolismo do regime nacional-socialista encontraram aprovação no Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento



Giordane Dourado

Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Acre (TJ/AC) desde 2002. Titular do 3º Juizado Especial Cível da Comarca de Rio Branco e da 9ª Zona Eleitoral de Rio Branco. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. MBA em Poder Judiciário pela FGV/RIO. Professor e membro do Conselho Consultivo da Escola do Poder Judiciário do Estado do Acre.

do *Habeas Corpus* nº 82.424 (2003)³, que se notabilizou em toda sociedade brasileira, não somente nos círculos jurídicos, como o “Caso Ellwanger”, consagrado como a grande referência jurisprudencial no país quando a questão encerra a liberdade de expressão e a incitação ao ódio (*hate speech*).

A história teve início com a propositura de ação penal em desfavor de Siegfried Ellwanger Castan pela prática do crime de racismo, nos termos do precitado artigo 20 da Lei nº 7.716/1989. Nos termos da acusação, Ellwanger, na condição de sócio da pessoa jurídica Revisão Editora Ltda., escreveu, editou e publicou várias obras com ideias antissemitas, as quais apresentavam visão bastante negativa do caráter dos judeus, bem como recusavam a existência do Holocausto. Na primeira instância o pedido de condenação foi rejeitado e Ellwanger absolvido, mas a decisão foi revista no 2º grau, que o condenou a dois anos de reclusão, entendendo a Corte que a liberdade de expressão do acusado, no caso, deveria ceder em favor do princípio da igualdade.

Exauridos os recursos na segunda instância, o acusado impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, sustentando a tese de que não poderia ser condenado por racismo (crime imprescritível, nos termos do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição da República), uma vez que os judeus não seriam uma raça, mas, sim, um povo; dessa forma, se houve crime, foi de discriminação, que já estaria prescrito. O Superior Tribunal de Justiça não acolheu a tese e denegou a ordem de *habeas corpus*, o que levou Ellwanger a impetrar esse mesmo remédio constitucional no Supremo Tribunal Federal, onde foi distribuído para o ministro Moreira Alves.

A partir daí, começou acalorado, fértil e longo debate sobre pontos vitais para a decisão, entre eles a abrangência do termo racismo utili-

zado pelo artigo 5º, inciso XLII, da Constituição da República (discriminação apenas em função da pele ou discriminação também contra comunidades caracterizadas por uma identidade cultural?) e os limites da liberdade de expressão.

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal considerou que a conduta do acusado se enquadrava no conceito de racismo, razão pela qual o delito a ele imputado deveria ser reputado como imprescritível. Foi, portanto, denegada a ordem de *habeas corpus*.

A liberdade de expressão foi debatida com fervor por vários prisms durante o julgamento - que transcorreu por aproximadamente um ano - e dividiu sobremaneira a compreensão dos ministros sobre a aplicação desse direito no caso concreto. Ao final, houve significativa diversidade de fundamentos nos votos, notadamente quanto à proteção ou não pela liberdade de expressão, *prima facie*, de manifestações ofensivas ou preconceituosas.

A dispersão argumentativa dos membros do STF no julgamento torna complexa a sintetização de uma orientação para casos semelhantes a partir do que foi decidido pela Corte (definição de *standards*). De qualquer forma, é pertinente citar alguns votos para ilustrar o confronto de percepções que ocorreu na Suprema Corte sobre a conduta de Ellwanger e sua leitura à luz do sistema constitucional de salvaguarda dos direitos fundamentais. O ministro Gilmar Mendes adotou a premissa de que existia na hipótese colisão entre princípios, na medida em que manifestações ofensivas estariam, em juízo preliminar, no âmbito de proteção da liberdade

de proteção. Em vista disso, o problema seria dirimido através da técnica da ponderação e da aplicação do princípio da proporcionalidade. Após submeter a condenação de Ellwanger ao crivo desse princípio, o ministro concluiu que ela estaria revestida de proporcionalidade, pois era *adequada* para assegurar uma sociedade pluralista e tolerante, *necessária* porque não existiria outro meio menos gravoso e com mesma eficácia para atingir esse objetivo e *proporcional em sentido estrito* porque o racismo e a incitação à violência não encontram respaldo na liberdade de expressão. Saliente-se que, na visão do ministro, o antissemitismo, “do ponto de vista estritamente histórico”, representa forma de racismo, como já decidiu, aliás, a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984 no caso *Shaare Tefila Congregation v. Cobb (US 615)*, onde foi conferida interpretação ampla à legislação elaborada para combater a discriminação racial, abrangendo, assim, a proteção contra o preconceito de classes identificáveis de pessoas, a fim de densificar a consagração da dignidade humana e reforçar a repressão ao racismo.

Em outra vertente, os ministros Carlos Velloso e Celso de Mello convergiram para considerar excluídas do alcance da liberdade de expressão exteriorizações que denotassem preconceito e hostilidade pública contra o povo judeu. Por conseguinte, não haveria no caso conflito entre direitos fundamentais. Consideraram, outrossim, que as publicações antissemitas promovidas por Ellwanger, por sua finalidade proselitista para disseminar a intolerância contra as pessoas de origem judaica, não poderiam ser

concebidas como pesquisa científica destinada a ampliar e evoluir o pensamento humano.

O ministro Maurício Corrêa, designado no final do julgamento como relator para o acórdão, asseverou que a Constituição proscreveu todas as formas de discriminação, proibindo com mais rigor a discriminação racial. Para ele, a própria Lei Fundamental já realizou a ponderação ao excluir do âmbito de proteção da liberdade de expressão as manifestações de ódio raciais.

Evidente, portanto, que a decisão do caso Ellwanger não foi construída com base em entendimentos uniformes ou majoritariamente uniformes dos membros da Suprema Corte brasileira; ao contrário, cada ministro recortou do ordenamento constitucional sua própria convicção sobre a dimensão da liberdade de expressão em face de condutas e opiniões aviltantes de minorias religiosas e culturais, de modo que seria superficial afirmar-se qual corrente de pensamento jurídico efetivamente prevaleceu na formatação final da decisão.

Em que pese essa dificuldade, algumas fortes sinalizações podem ser extraídas do precedente, como a admissão pelo Supremo Tribunal Federal de hipóteses, não literais na Constituição, nas quais a exigência de neutralidade da lei quanto ao conteúdo de uma opinião pode ser relativizada para inibir pretensões ou propostas historicamente reputadas ofensivas aos direitos humanos, como fez a Lei nº 7.716/1989 ao tipificar na esfera penal práticas que decantem o simbolismo do regime nacional-socialista. Dessume-se também que a Suprema Corte, presti-

giando um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no artigo 3º, inciso I, da Carta Magna, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não se mostra refratária à proibição de manifestações expressivas tendentes a corroer as relações de solidariedade que devem existir entre os povos ou a recrudescer antigas hostilidades entre grupos ou comunidades.

No plano internacional, em que pese a preocupação dos países de tutelar a liberdade de expressão como elemento indissociável dos direitos humanos e da evolução civilizatória⁴, observa-se grande apreensão com as manifestações de índole racista e discriminatória, o que é natural, tendo em vista que foram responsáveis em diversos episódios históricos por guerras, conflitos e extermínios de povos. A preocupação cresceu substancialmente nos presentes dias com o alcance global das opiniões e ideologias racistas/intolerantes conferido pela popularização da rede mundial de computadores e suas ferramentas de comunicação, como as redes sociais. Em vista disso, a exegese de normas internacionais que consagram a liberdade de expressão denota que esta, além de outorgar um direito subjetivo, em igual medida confere responsabilidades ao titular da liberdade, não albergando condutas e manifestações que impliquem incitação à intolerância e ao preconceito com o próximo.

Nessa linha caminhou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ao dispor no nº 3º do artigo 19 que a liberdade de expressão poderá ser limitada, por lei e quando necessá-

rio, para “assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas”, dispositivo que se harmoniza com a previsão do seu artigo 20, nº 2, que impõe a proibição por lei de “qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência”. Na mesma trilha a dicção do nº 2 do artigo 10 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, quando consigna a previsão de restrição à liberdade de expressão para, entres outras hipóteses, proteger a honra e os direitos de outrem, dispondo ainda no artigo 20 que nenhuma norma da própria Convenção poderá ser interpretada para conferir ao Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de promover ações dirigidas à destruição dos direitos ou liberdades nela consagrados.

O *hate speech* foi tema central no caso *Roger Garaudy vs. França*, julgado no ano de 2003 pela Corte Europeia de Direitos Humanos, oportunidade em que foi confirmada a condenação de escritor francês autor de obra revisionista que recusava veracidade ao Holocausto e à perseguição aos judeus. Na concepção da Corte, o teor da publicação contribuía para a disseminação de ações discriminatórias contra o povo judeu, revelando-se, portanto, incitação ao ódio⁵.

O repúdio à incitação ao ódio e suas consequências foi gravado de forma contundente na Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, tratado adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, com

entrada em vigor no dia 04 de janeiro de 1969. O artigo 4º do pacto registra a veemente condenação pelos países signatários de toda forma de preconceito racial ou discriminação de qualquer espécie, compromissando os Estados a editarem leis tipificando como crime a disseminação de ideias racistas, a assistência ao racismo (inclusive financeira), bem como a prática de atos violentos ou de incitação à violência inspirados em concepções racistas⁶. O Brasil ratificou a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial através do Decreto Legislativo nº 23, de 21 de junho de 1967.

Há, pois, forte e fundada preocupação dos ordenamentos jurídicos, nos plano interno e internacional, com os efeitos perniciosos do *hate speech*, ao mesmo tempo em que não se descuidam os Estados democráticos com a salvaguarda da liberdade de expressão enquanto valor irrenunciável do constitucionalismo moderno.

Analisados todos esses quadrantes normativos, é translúcida a percepção de que o combate ao discurso do ódio representa notável avanço civilizatório e faz parte de processo evolutivo de conscientização coletiva a respeito da tolerância e da pacificação comunitárias, de forma que todos possam se tratar com igual consideração e respeito, potencializando o princípio raiz da dignidade da pessoa humana.

Para encontrar o equilíbrio na tutela constitucional desses interesses, é preciso compreender que o discurso do ódio tem como principal característica ofender, maltratar e estigmatizar

sistematicamente determinado grupo em razão da raça, sexo, nacionalidade, orientação sexual, religião ou qualquer outro traço que o distinga da massa majoritária em determinada sociedade, ataque que resvala na opressão individual das pessoas que compõe o grupo. Em virtude da relação de interdependência entre a pessoa e o seu grupo, o discurso do ódio tem a capacidade de canalizar a hostilidade decorrente do estereótipo criado para o grupo contra cada indivíduo marcado como membro dessa coletividade, o que provoca severa afetação de direitos fundamentais na esfera particular do atingido⁷. Assim, por exemplo, eventuais manifestações expressivas de medo ou raiva contra quem frequenta o Candomblé⁸ transcendem a consideração abstrata do grupo e podem irradiar seus perniciosos efeitos na esfera íntima e pessoal daqueles que professam essa religião – fato, aliás, que infelizmente ocorreu em alto grau no passado do Brasil. Repise-se que quando isso acontece a pessoa sofre menoscabo não em função dos seus atributos particulares, mas, sim, por ser indigitada como parte de segmento alvo de injusta reprovação ao longo do tempo (homossexuais, judeus, árabes etc.).

As tentativas de assepsia dos conteúdos de expressão dessa vertente perigosa dos discursos de incitação/intolerância, contudo, não podem ser levadas ao extremo de provocar a esterilização dos debates públicos sobre temas importantes e historicamente provocadores de confrontos contundentes e apaixonados de opiniões, como aqueles que envolvem reflexões sobre o sexo, religião orientação sexual e pontos de vista relativos a acontecimentos históricos.

Temas como esses sempre estarão pulsantes no seio da coletividade, até porque são indissociáveis do pluralismo de convicções inerente ao ser humano. E é exatamente o pluralismo um dos mais notáveis contornos da liberdade de expressão, marcadamente presente nos legítimos confrontos de ideologias que levam à rotatividade de poder na vida democrática.

Por outro lado, em contraponto ao argumento do pluralismo de ideias e debates na comunidade, a liberação pura e simples do discurso do ódio como expressão constitucionalmente protegida teria a nefasta consequência de reprimir e amordaçar as minorias perseguidas, as quais se sentiriam cada vez mais intimidadas para exprimir livremente suas concepções sobre as características que possuem ou sobre o modo de vida que perfilham, no que a doutrina denomina “efeito silenciador” das manifestações que tenham o nítido objetivo de estereotipar e marginalizar certos grupos⁹. É preciso, portanto, amparar aqueles que, na singularidade das suas diferenças (ou aparentes diferenças), possam ser asfixiados por uma torrente de intolerância e incompreensão, como vil mordação que abafa os sons das inquietudes do espírito.

O que se espera dos Estados constitucionais é a justa composição desses interesses, de forma a garantir a vitalidade da liberdade de expressão em compasso com a proteção de grupos – minoritários ou mesmo majoritários - vulneráveis aos efeitos diretos e indiretos das manifestações expressivas que têm a finalidade principal de aviltar e desumanizar membros da comunidade caracterizados por uma identidade

cultural, social, racial ou geográfica. Evidente que o caminho do equilíbrio não implica a simplória solução de banimento do debate público de temas sensíveis ou reputados tabus para a comunidade – como, novamente a título de exemplificação, o sexo, origem, raça, religião etc. -, sob pena de flerte com a vetusta tendência de censura dos sistemas totalitários.

Você encontra as referências citadas neste artigo na página 64.



Direito médico e a judicialização da medicina

Diego Nascimento

A sociedade moderna é marcada pelas inúmeras relações comerciais e contratuais entre as pessoas. É notório que vivemos em uma sociedade extremamente litigante, isto é, uma sociedade onde as pessoas buscam a justiça para solucionar todos seus descontentamentos, desde os mais simples até os mais complexos, é o que se chama de judicialização. E a Medicina, através da relação médico-paciente, também está diretamente envolvida nesse fenômeno chamado especificamente de judicialização da medicina.

Importante mencionar que quando falamos judicialização da medicina, não restringimos apenas à profissão da medicina, mas sim a todas as profissões da saúde de uma maneira geral, da mesma forma que quando falamos da relação médico-paciente abordamos a relação

paciente-profissional de saúde. Em que pese a maioria das demandas envolverem médicos e dentistas.

A relação médico-paciente durante muito tempo foi baseada numa relação de confiança, pessoal e paternalista, onde os pacientes pouco questionavam as condutas médicas e os profissionais eram vistos como pessoas não sujeitas a erros e falhas. Contudo, essa relação se deteriorou ao longo do tempo, onde frequentemente os profissionais da saúde se veem em situações de desconfiança, com os pacientes constantemente buscando outras opiniões ou até mesmo acusando o profissional de erro médico. Situações essas motivam os pacientes a procurarem a justiça em busca de indenizações, muitas vezes de alto valor, alegando terem sido vítimas de erro médico.

A judicialização da Medicina pode ter como causa vários fatores como, por exemplo,

a precária estrutura física de unidades de saúde, clínica e hospital onde os profissionais de saúde exercem seu mister. A inevitável mercantilização da Medicina e da Odontologia, com a popularização de procedimentos estéticos gerando altas expectativas de resultado nos pacientes. A saturação do mercado do trabalho originando os subempregos. A própria legislação brasileira e as recentes decisões judiciais favorecem ou, pelo menos, servem como estímulos aos pacientes procurarem o judiciário. Assim, é fundamental que os profissionais de saúde saibam como exercer a profissão de forma preventiva do ponto de vista jurídico e ético.

Do ponto de vista da legislação brasileira temos uma grande polêmica a respeito que é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente. Ou seja, o paciente é visto como um consumidor e, portanto, tendo todos os direitos da legislação consumerista.

Por dedução lógica, a relação do médico e do dentista com o seu paciente também é considerada uma relação de consumo, contrariando os preceitos éticos e bioéticos das profissões da saúde.

O Código de Ética da Medicina diz em seu capítulo I, inciso I que “A medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza”.

Continua o Código de Ética Médica dizendo no mesmo capítulo, no inciso IX que “A medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio”.



Diego Bruno Pinho do Nascimento

Advogado.

Especialista em Direito Médico.

Membro da Comissão de Direito Médico da OAB/AC.

Cirurgião-Dentista.

Especialista em Ortodontia e Odontologia Legal.

Professor.

O Código de Ética Odontológico, por sua vez, diz em seu capítulo I, art. 2º que “A Odontologia é uma profissão que se exerce em benefício da saúde do ser humano, da coletividade e do meio ambiente, sem discriminação de qualquer forma ou pretexto”.

Da mesma forma que o Código de Ética da Medicina, o Código de Ética da Odontologia busca afirmar que a Odontologia não é uma atividade típica de comércio, como diz o art. 4º “A natureza personalíssima da relação paciente/profissional na atividade odontológica visa demonstrar e reafirmar, através do cumprimento dos preceitos estabelecidos por este Código de

Ética, a peculiaridade que reveste a prestação de tais serviços, diversos, portanto, das demais prestações, bem como da atividade mercantil”.

Não se pretende aqui discutir a hierarquia dar normas entre legislações federais e resoluções de conselhos de classe. Apenas promover um debate sobre a relação entre os pacientes e profissionais de saúde.

Embates nessa complexa relação também são vistas em ambientes públicos. Constantemente se vê na mídia situações de médicos que são agredidos em hospitais ou clínicas, principalmente quando falamos no SUS. Os médicos, muitas vezes, submetidos a jornadas extenuantes e mal remuneradas, trabalham sem ter à disposição aparelhos básicos para diagnóstico de patologias ou até mesmo ausência de equipamentos e insumos que permitam um correto tratamento dos pacientes que procuram por atendimento no SUS.

O art. 196 da Constituição Federal diz que “a saúde é direito de todos e dever do Estado...”. Dessa forma, a própria Lei Maior do Estado brasileiro diz que o Estado tem o dever, ou seja, o Estado é obrigado a fornecer saúde para a população. E saúde no texto é visto em seu sentido amplo, saúde integral. Isso ajuda a explicar também o porquê que muitos pacientes buscam a justiça para que o Estado forneça medicamentos caros que normalmente não estão disponíveis no SUS.

A saturação do mercado de trabalho e o aumento no número de faculdades de Medicina e Odontologia expõe os profissionais recém-

-formados a subempregos, seja no SUS, seja na iniciativa privada.

No SUS observa-se esse fenômeno nos vencimentos pagos aos profissionais e nas precárias condições de trabalho a que são submetidos. Na iniciativa privada o fenômeno se faz presente ao constatarmos o aumento da quantidade de clínicas populares e, inclusive, o crescente número de franquias nacionais de clínica médica e odontológicas. Faculdades de Medicina e Odontologia que não oferecem estrutura física ideal e corpo docente qualificado formam profissionais inseguros e sem o necessário conhecimento técnico científico para exercerem a profissão de forma segura, culminando no aumento da quantidade de erro médico.

Ademais, a inevitável mercantilização da Medicina e da Odontologia com a popularização dos tratamentos estéticos têm aumentado a procura por tais procedimentos. Todavia, muitos pacientes procuram os tratamentos estéticos amparados em uma expectativa irreal, expectativa esta criada por publicações de “antes e depois” ou por publicidade exagerada de procedimentos estéticos. Nesses casos os pacientes já criaram a expectativa de que terão resultados “perfeitos”. Porém, foge ao controle do profissional a reação biológica do organismo do paciente, não podendo garantir o resultado final do procedimento estético.

Por outro lado, alguns profissionais negligenciam a consulta inicial do paciente, não esclarecendo as características do procedimento ao qual irá se submeter e, principalmente, explicar que não é possível garantir que se chegará

ao resultado exatamente como desejado pelo paciente. Some a isso a jurisprudência acerca dos procedimentos estéticos, onde os tribunais têm considerado que as cirurgias plásticas embelezadoras, bem como procedimentos estéticos de uma maneira geral, são obrigações de resultado, ou seja, o profissional é obrigado a chegar a um resultado final satisfatório. Caso assim não ocorra, muito provavelmente em uma posterior demanda judicial o profissional será condenado a indenizar o paciente por inadimplemento contratual.

Isto posto, observa-se um considerável aumento da quantidade de ações judiciais contra profissionais da saúde, tornando o exercício, principalmente, da Medicina e da Odontologia extremamente oneroso. A judicialização das profissões da saúde é um fenômeno irreversível e a especialidade de direito médico capacita advogados a atuarem especificamente nas demandas envolvendo erro médico. Frente a isso, é fundamental que os profissionais da saúde adotem condutas preventivas e tenham conhecimento básico de legislação para não se exporem da maneira como se vê hoje.

A prevenção jurídica para os profissionais da saúde inicia no momento da anamnese e consulta inicial através de um prontuário elaborado de forma correta; no fornecimento completo das informações do pré, trans e pós-operatório e sempre esclarecendo o paciente da real expectativa do procedimento médico.

Como dito, considerando que a judicialização da medicina é um processo irreversível, o objetivo do direito médico é atuar preferen-

cialmente na prevenção jurídica, capacitando o profissional da saúde a atuar de forma preventiva através da adoção de condutas na relação médico-paciente para que em uma possível demanda judicial, o profissional tenha condições de provar que não agiu com negligência, imprudência e imperícia ou até mesmo provar que forneceu todas as informações necessárias para o correto esclarecimento e consentimento do paciente.



Quer publicar seu artigo conosco?

Você pode ter o seu artigo de opinião publicado aqui na Revista Capital Jurídico. Basta acessar nosso site e saber como fazer.

Nosso endereço está logo abaixo.

www.revistacapitaljuridico.com.br

Nossos canais.



www.revistacapitaljuridico.com.br



contato@revistacapitaljuridico.com.br



[capitaljuridico](https://www.instagram.com/capitaljuridico)



[capitaljuridico](https://www.facebook.com/capitaljuridico)

CITAÇÕES E REFERÊNCIAS FEITAS

O FRESH START APÓS A REFORMA DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

¹<https://oglobo.globo.com/economia/governo-quer-que-duracao-de-processo-de-falencia-seja-reduzido-de-dez-para-tres-anos-22672526>

²Resp 1.780.442-MG/STJ.

³CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. Vol. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

⁴WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. The law of debtors and creditors: text, cases and problems. 7ª ed. Aspen Publishers, 2014.

⁵<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/727>

⁶COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Juruá, 2021.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INTOLERÂNCIA E DISCURSO DE ÓDIO (*HATE SPEECH*)

¹Direitos Fundamentais. Tradutores António Francisco de Souza e António Franco. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book, par. 645, p. 216/217.

²Diversos dispositivos da Lei nº 7.716/1989 foram alterados pela Lei nº 9.459/1997. Texto com as alterações disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L7716.htm>. Acesso em 10 dez. 2020.

³BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424-RS. Paciente Siegfried Ellwanger. Impetrantes Werner Cantalício João Becker e outra. Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Moreira Alves, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 17.09.20203. Íntegra do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

⁴Citem-se, como principais referências, as seguintes normas de direito internacional: a) Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo XIX - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”; b) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Artigo 19 - 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.”; c) Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: “Artigo 10.º (Liberdade de expressão) 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.”; d) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): “Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.”; e) Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: “Artigo 9.º Toda a pessoa tem direito à informação. Toda a pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos.”

⁵SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

⁶Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial: “Artigo 4º - Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas

na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, inter alia: a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento; b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitem à discriminação racial e que a encorajem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades; c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.”

⁷MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 840.

⁸Religião de origem africana praticada em vários Estados do Brasil, sobretudo na Região Nordeste.

⁹MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*, cit., p. 845.

As opiniões expressadas aqui pelos autores não representam necessariamente as opiniões da revista Capital Jurídico ou de sua equipe editorial.

Os autores se responsabilizam quanto à originalidade dos seus textos sob pena de responderem às sanções previstas na legislação de direitos autorais.

