

A large, dark green statue of Lady Justice, blindfolded and holding scales of justice, is the central background image. The scales are on the left, and the sword is on the right. The background is a light green with faint, decorative scrollwork patterns.

# Temas Contemporâneos do Direito 2020-2021

Campus de  
Soledade



Adriana Fasolo Pilati  
Idioneu Oliveira Vieira  
(Orgs.)



A presente obra é composta por reflexões interdisciplinares do direito com a sociologia, a filosofia, a psicologia, a hermenêutica e a argumentação. Ainda, guardam relação com os eixos da transversalidade, em especial os direitos humanos e a educação ambiental. Esse diálogo, também, perpassa vários ramos do direito e representa o resultado de aplicados estudos realizados nos grupos de pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, entre seus acadêmicos e professores. Neste livro, os autores, em sua maioria discentes e docentes da graduação, foram desafiados a aplicar os conhecimentos adquiridos em produção científica, como forma de incentivar nestes o hábito da pesquisa e da escrita e, conseqüentemente, a construção do conhecimento. Com isso, os estudos agrupados no presente trabalho representam discussões teórico-acadêmicas interdisciplinares, à luz de um viés transdisciplinar, que envolvem os temas abordados. Por meio de reflexões acuradas, os autores apresentam soluções jurídicas às problemáticas investigadas, sob um prisma hermenêutico e constitucionalizado, em especial para compreender a complexidade do fenômeno social.



## **Temas Contemporâneos do Direito**



# **Temas Contemporâneos do Direito (2020-2021)**

Campus de Soledade

Organizadores  
**Adriana Fasolo Pilati**  
**Idionei Oliveira Vieira**



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Lucas Margoni

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)  
[https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

Adriana Fasolo Pilati; VIEIRA, Idioney Oliveira (Orgs.)

Temas Contemporâneos do Direito (2020-2021): Campus de Soledade [recurso eletrônico] / Adriana Fasolo Pilati; Idioney Oliveira Vieira (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

539 p.

ISBN - 978-65-5917-429-4

DOI - 10.22350/9786559174294

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Direito; 3. Filosofia do direito; 4. Direito contemporâneo; 5. Anuário; 6. UPF; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito                      340

# Sumário

## Apresentação

15

Adriana Fasolo Pilati  
Idionei Oliveira Vieira

1

17

### Instrumentos úteis ao combate da alienação parental na guarda compartilhada

Ângela Rodrigues da Costa  
Cristiane Beuren Vasconcelos

**RESUMO:** O presente estudo se propôs a abordar dentro da temática do Direito de Família a relação da guarda compartilhada com a alienação parental, apontando suas características e aspectos, com o intuito de tentar responder a seguinte indagação: seria possível a guarda compartilhada vir a ser a solução efetiva para o conflito existente na alienação parental? O objetivo da presente pesquisa, visa possibilitar o conhecimento da problemática no círculo das relações interpessoais, propor uma reflexão acerca do tema e identificar na interdisciplinaridade do Direito com outras áreas do conhecimento, a busca na melhor compreensão sobre determinados assuntos, com ensejo às questões familiares. Sua justificativa se daria na medida em que, há a necessidade de se regular as relações existentes entre seus diversos membros, abordando a relevância da atribuição do Poder Judiciário na resolução de conflitos, para então, trazer instrumentos que sejam úteis à aplicabilidade da guarda compartilhada na solução de conflitos dentro da seara familiar. E isso somente será possível, com o devido impulsionamento por parte do poder público a fim de trazer meios que proporcionem uma maior eficácia na aplicação da lei, para com isso, se chegar a um resultado mais positivo e abrangente a todos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alienação parental, guarda compartilhada, interdisciplinaridade, relações interpessoais, relevância, resultado positivo, solução.

2

56

### A (in) constitucionalidade da reforma trabalhista: o conflito entre a gratuidade da justiça e o pagamento do vencido

Beatriz Favini Duarte  
Maira Angélica Dal Conte Tonial

**RESUMO:** A reforma trabalhista, polêmica e de grande mudança na Consolidação das Leis Trabalhistas, foi sancionada em 13 de julho de 2017 por meio da Lei n° 13.467. Tinha como objetivo combater a grande crise de desemprego, mas gerou vários debates, argumentos, dúvidas e polêmicas não tão somente para os empregadores, mas para os trabalhadores, que supostamente seriam a parte mais frágil e mais pesada da balança. O objetivo deste trabalho é fazer um estudo sobre o princípio da hipossuficiência e a mudança trazida pela reforma trabalhista do pagamento do vencido. Para a realização deste trabalho foi desenvolvido pesquisa no Decreto-Lei n. 5.452, de 1° de maio de 1943 e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de estudo aprofundado dos princípios. Analisando ainda a pouca doutrina que se posicionou a favor ou contrária à Reforma Trabalhista, podendo concluir que o legislador ponderando entre os princípios constitucionais deve aplicar da melhor forma no caso concreto.

**PALAVRAS CHAVES:** Acesso à Justiça. Hipossuficiência. Pagamento de Honorários. Pagamento do Vencido. Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Reforma Trabalhista.

### A relevância do consentimento individual ante os acordos coletivos

Dara Lima da Silva

Maira Angélica Dal Conte Tonial

**RESUMO:** O presente trabalho, visa analisar a Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados, confrontando-a com o Direito do Trabalho, e abordando as relações que podem existir com a conjunção destes, precisamente, acerca dos acordos coletivos. Foram analisados fatores como: os objetivos da criação da referida lei, seus princípios e bases legais. A presente, aborda ainda, a questão do consentimento no tratamento de dados laborais, em todas as fases do contrato de trabalho. Também, traz à tona a questão da coletividade no âmbito trabalhista, de maneira que, torna-se interessante saber até que ponto o consentimento individual que é tão enaltecido pela sanção tem alcance, até onde vai sua inviolabilidade e prevalência ante o coletivo. A pesquisa exposta, é baseada em pesquisas doutrinárias, artigos científicos e em legislações. A análise é pertinente pelo fato da Lei, promulgada recentemente, ser impetuosa, clara e extremamente consistente em torno do tratamento dos dados pessoais, enaltecendo a influência e importância do consentimento individual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acordos Coletivos. Consentimento. Direito do Trabalho. Lei Geral da Proteção de Dados. Tratamento dos dados laborais.

### Mediação: meio consensual de solução de conflitos em empresas familiares

Egino Faller

Regina Helena Marchiori Canali

**RESUMO:** O presente trabalho faz uma análise da mediação privada e a sua possível utilização no ambiente das empresas familiares. Meio antigo de solucionar conflitos, a mediação, política pública de resolução de conflitos, surge com destaque na sociedade atual impulsionada pela crise do Poder Judiciário e pela constatação de que a sentença judicial nem sempre é a melhor forma de solucionar problemas. Indicada para situações nas quais as partes têm uma relação continuada entre si, a mediação pode e deve ser usada no contexto das empresas familiares. Estas empresas vêm, igualmente, atraindo a atenção dos estudiosos por suas características peculiares e pelo desafio de sua perpetuação num ambiente de coexistência de atividades profissionais e relações afetivas entre os familiares. O estudo aborda as características tanto do mediador, da mediação, bem como das empresas familiares com o intuito de demonstrar que há grande compatibilidade entre ambas. Também são analisadas as formas pelas quais a mediação pode ser viabilizada nesse ambiente corporativo, o que implica um estudo atento e cuidadoso em relação as empresas familiares.

**PALAVRAS-Chave:** conflitos; empresas familiares; justiça; mediação.

### Responsabilidade Civil do Empregador quanto a infecção do vírus COVID-19 Título do artigo

Emiliana da Silva Oliveira

Cássio Henrique Pacheco dos Santos

**RESUMO:** A pandemia do Coronavírus é a nova realidade enfrentada pelo Brasil, viu-se que todos estamos “à deriva” diante do avançado contágio e da ineficiência de medidas protetivas. Toda população obrigou-se a aderir a um isolamento, por prazo indeterminado. A situação de pandemia gera a chamada Calamidade Pública, onde passou a ser possível liberações de recursos emergenciais, saques em contas de FGTS, liberação de recursos do Governo para empresas, e as leis tornam-se “vulneráveis”. Quanto ao retorno ao trabalho, somente após recorrentes avaliações de negativa em teste do vírus, para evitar a transmissão em massa. Em suma conclui-se que o presente trabalho apresenta, diante das hipóteses, algumas possibilidades, podendo o empregador ser responsável pelo adoecimento de seu empregado, por negligência, descuido, entretanto cabe ao colaborador manter-se cumprindo as medidas protetivas, assim como cuidando de sua saúde mental e física.

**PALAVRAS-Chave:** Coronavírus. Empregador. Estado. Saúde.



## **Abuso sexual e alienação parental: para um estudo jurídico interdisciplinar sob o viés psicológico-investigativo**

Fernanda Schell Aguirre

Cristiane Beuren Vasconcelos

**RESUMO:** O presente artigo trata das ocorrências de alienação parental sob o enfoque do viés psicológico investigativo, em que o profissional, ao tomar conhecimento da denúncia de abuso sexual incestuoso, trabalhe com o infante de modo que tenha a certeza de que esse abuso realmente tenha ocorrido por parte de um dos genitores, ou que seja mais um caso de alienação parental com o objetivo de desfazer o vínculo afetivo da criança ou do adolescente com o outro genitor. Deste modo, é de extrema importância que métodos comprovados sejam utilizados pelo profissional, uma vez que, quando trata-se de menor, qualquer diagnóstico errôneo é capaz de afetar o desenvolvimento físico e mental da vítima.

**PALAVRAS-CHAVE:** alienação parental, abuso sexual, entrevista investigativa.

## **O prazo decadencial da ação rescisória frente a segurança jurídica e a celeridade processual**

Laiane Moretto

Maria Carolina Rosa de Souza

**RESUMO:** O intuito do presente artigo é confrontar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais existentes acerca do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória com os princípios constitucionais da celeridade processual e da segurança jurídica, diretamente interligados com a matéria, com vistas a encontrar um equilíbrio na duração do processo. Através deste estudo, verificou-se que a corrente que mais encontra-se em consonância com os princípios referidos é aquela que entende que o prazo para ingressar com a rescisória tem início com o trânsito em julgado da decisão rescindenda e que se finda quando transcorridos dois anos do seu prazo inicial, ou seja, a contagem do prazo de dois anos é autônoma para cada decisão parcial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ação rescisória. Celeridade processual. Contagem autônoma. Decisões parciais de mérito. Prazo decadencial. Segurança jurídica.

## **Relações de consumo: o que não é virtual?**

Laís Maurer

Franco Scortegagna

Idoney Oliveira Vieira

**RESUMO:** O artigo faz análise bibliográfica sobre questões que envolvem o Balcão do Consumidor, o e-commerce e as relações de consumo. Na atualidade consumidores se veem diante de uma infinidade de informações disponibilizadas na internet, em sites que oferecem produtos e serviços, nem sempre seguros. Daí a importância de proteger consumidores nas relações de consumo virtuais. O e-commerce e as relações de consumo evidenciam a importância do Código de Defesa do Consumidor (CDC). O mundo físico tornou-se virtual, e assim surge a questão "O que não é virtual?", em um ambiente onde saúde, opiniões, produtos, compras, vendas se realizam cada vez mais em meios eletrônicos. A vulnerabilidade dos consumidores face ao comércio eletrônico demonstra a importância de legislações eficazes para regular estas relações. Nesse cenário, surge a aplicação do Decreto 7.962/2013, o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consumidor. E-commerce. Virtual.

## Meios atípicos de execução civil: limites constitucionais

Leonardo Mateus Moretti

Roberto Carlos Gradin

**RESUMO:** O Código de Processo Civil de 2015 veio com o intuito de suprir as falhas do Código anterior de 1973, e acabou dando novos poderes ao magistrado na fase de execução, fase esta que era falha, visto que, quando o processo findava, a parte ganhadora, por vezes, ficava sem receber o que lhe era devido, assim, especialmente com a entrada do artigo 139, inciso IV em vigor, deu a possibilidade atípica de execução civil ao magistrado, ou seja, quando comprovada a má-fé processual do executado, o magistrado, pode de ofício ou a pedido do credor, utilizar de meios coercitivos para obrigar o executado a pagar a dívida, tais medidas podem ser como, apreensão do passaporte, suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, cancelamento de cartões de créditos, entre outros, assim, o presente artigo, busca encontrar uma baliza constitucional para a aplicabilidade dos meios atípicos de execução, visto que, por parte da doutrina, bem como o entendimento jurisprudencial, entendem que o artigo seria inconstitucional, visto ferir princípios constitucionais do devedor, entretanto com o observado até então pela jurisprudência, existe uma dissonância entre os tribunais regionais e o Superior Tribunal de Justiça na sua correta aplicação, o presente artigo conclui que devido ao pouco tempo em que o artigo entrou em vigor, não está estabelecido um entendimento concreto e eficaz que não lesione nenhum direito fundamental das partes do processo.

**PALAVRAS-Chaves:** Direitos Fundamentais. Execução Civil. Limites Constitucionais. Meio Atípico.

## A aposentadoria especial dos profissionais da saúde no Regime Geral de Previdência Social pós-Reforma Previdenciária de 2019

Leticia Carboni

Edimara Sachet Risso

**RESUMO:** A reforma previdenciária promovida pela Emenda Constitucional n. 103 de 2019, implementou muitas mudanças na forma de aquisição dos benefícios previdenciários. A aposentadoria especial foi um desses benefícios que, a partir de então, passou a exigir idade mínima para sua concessão, sendo essa a principal mudança. O principal objetivo do presente trabalho é demonstrar como esta mudança anula o caráter preventivo deste benefício aos profissionais da saúde, que ficarão por mais tempo expostos a agentes nocivos, aumentando a chance de sofrerem algum dano à sua saúde, mesmo utilizando todos os equipamentos de proteção disponíveis, de modo que o princípio da proteção, que rege a previdência social, seja anulado. Conclui-se que, após a reforma da previdência, tornou-se mais difícil a aquisição da aposentadoria especial, uma vez que, mesmo tendo alcançado o tempo mínimo do exercício da atividade exigido pela lei, se o segurado não tiver ainda a idade exigida para a concessão do benefício este terá que continuar trabalhando e se expondo aos agentes nocivos, em afronta ao sistema de proteção social.

**PALAVRAS-Chave:** Aposentaria especial; Previdência social; Profissionais da saúde; Reforma da Previdência.

## Família acolhedora, pré-requisito para a adoção

Luciana Ribeiro Dambros

Karen Beltrame Becker Fritz

**RESUMO:** O presente artigo traz uma análise das relações familiares referente a crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade. A partir do surgimento de casos concretos em que crianças e adolescentes quando retiradas de sua família biológica e inseridas no programa Família Acolhedora, em virtude da convivência diária e do desenvolvimento de laços de afinidade, afetividade e confiança mútua, surge também o despertar do interesse do acolhido, correspondido pela família acolhedora, para formalizar uma adoção. Infelizmente, na maioria dos casos concretos, o pedido é negado em virtude da lei que define como requisito básico para integrar o programa Família Acolhedora que não estejam inscritas no Cadastro Nacional de Adoção. Argumenta-se em favor dos princípios constitucionais que norteiam os direitos da criança e do adolescente, dos julgados que reconhecem o vínculo afetivo entre as famílias acolhedoras e os acolhidos nos casos em que for reconhecida a constituição de vínculo socioafetivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Adoção. Afetividade. Família Acolhedora.

### Participação do Brasil na ONU: contribuição com as missões de paz

Luiz Felipe Souza Vizzoto

Andrei Luiz Lodéa

**RESUMO:** O trabalho trata-se de um importante tema, as missões de paz da ONU, onde o Brasil exerce um influente papel desde a década de 50, e é a principal potência da América Latina. O objetivo do trabalho é explanar dados poucos divulgados pela mídia e como o Brasil arca com os gastos, e quais ministérios brasileiros trabalham em prol da causa. O trabalho foi realizado através de pesquisas em sites de artigos acadêmicos (CAPES e SCIELO) e também, com consultas em sites oficiais (ONU, Itamaraty, Sites de Ministérios). Obtivemos como resultado, a visualização de quem investe nas missões de paz, e como investe. Percebemos que economia mundial também possui grande influência perante o quadro de ajuda da ONU. O crédito internacional do Brasil é alto, devido a influente participação nas missões de paz. O trabalho pode contribuir para quem quer obter conhecimento sobre o assunto, de maneira rápida, e com dados científicos, trabalhados durante semanas para chegar-se aos melhores resultados possíveis, e podemos concluir, que o Brasil se aplica de maneira correta quanto as missões de paz, com efetivo necessário e verba controlada.

**PALAVRAS-Chave:** Política Internacional. ONU. Brasil.

### Instrumentos jurídicos de controle de poluição por químicos agrícolas

Luiz Fernando Gregório Schmidt

Joline Cervi

**RESUMO:** O artigo tem como objetivo trazer os principais pontos envolvendo responsabilidade e o que dispomos na legislação de mecanismos para coibir os atentados contra a saúde pública e o meio ambiente que os agrotóxicos vêm causando. A Constituição Federal de 1988, previu que todos brasileiros, tem o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como as legislações específicas destinadas a regular os químicos agrícolas, que proíbem a utilização de princípios ativos, que venham causar malefícios a saúde humana e degradar o meio ambiente, também preveem responsabilidades aos agentes que utilizam esses os agrotóxicos. No entanto, é latente salientar que as empresas produtoras e pesquisadoras de químicos agrícola não sofrem de acordo com a lei, nenhuma imposição de responsabilidades, fato esse muito perturbador para operadores do direito, uma vez que os fabricantes e pesquisadores, são os entes que mais dispõem de informações e expertise quanto as potencialidades dos agrotóxicos.

**PALAVRAS-Chave:** Agrotóxicos; Meio Ambiente; Saúde Humana, Responsabilidade.

### O negócio jurídico processual e a produção de provas: atuação limitada do julgador?

Luiza Mezzomo Zorzi

Maria Carolina Rosa de Souza

**RESUMO:** O presente estudo visa analisar os negócios jurídicos processuais, com previsão no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece a possibilidade de as partes convencionarem sobre o procedimento e de pactuarem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Diante disso, objetiva-se verificar a possibilidade da realização de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória, para que se possa, enfim, verificar se o juiz fica vinculado à convenção processual probatória que limita a produção de provas, ou pode, ainda assim, determiná-las de ofício. Através deste estudo, verificou-se que as convenções probatórias vinculam o juiz, o que limita a produção de provas de ofício.

**PALAVRAS-Chave:** Autorregramento da vontade das partes. Negócio jurídico processual. Prova.

**Processo penal e dissonância cognitiva: obstáculos à um sistema acusatório**

Mariana Sperafico Batista

Rodrigo Graeff

**RESUMO:** O presente artigo abordará a temática sobre a relação existente entre a contaminação cognitiva do magistrado com o inquérito policial à luz da imparcialidade no processo penal. Como problema proposto, será analisada a necessidade da exclusão do inquérito policial para concretização do sistema processual penal acusatório, positivado no artigo 3º-A, do Código de Processo Penal. Para tanto, será construída a abordagem a partir de pesquisa bibliográfica, análise de projetos de lei e análise da legislação. A necessidade da abordagem se limita em demonstrar que, em que pese a legislação penal tenha trazido alguns pontos relevantes para a mudança da forma pela qual o processo deve ser estruturado, bem como consagrando o sistema processual acusatório a ser adotado a partir da Lei 13.964/19, isso sequer gerará grandes resultados para a mudança efetiva e necessária em âmbito criminal, resultado dado em razão da intrínseca cultura inquisitória e autoritarista, a qual implica diretamente na área cognitiva do julgador no momento do julgamento da ação penal, permanecendo as raízes de um sistema inquisitorial no ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-Chave:** Cognição do Magistrado. Inquérito Policial. Processo Penal. Sistema acusatório.

**A (in) aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho**

Michele Silva dos Santos

Maira Angélica Dal Conte Tonial

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar a (in) aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD nas relações de trabalho. Parte da seguinte problemática: qual a aplicabilidade da LGPD às relações de trabalho? Por se tratar de uma lei nova, é extremamente necessário e fundamental entender essa regulamentação, bem como compreender os princípios constante da referida norma jurídica, assim como analisar a necessidade da sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro. Os resultados apontam para o destaque à necessidade do tratamento de dados, considerando o fato de serem pessoais e sensíveis, devendo o titular ter total controle sobre suas informações. Portanto, a Lei 13.709/2018 faz parte de uma era digital, quando as informações estão cada vez mais expostas e devem, necessariamente, ser protegidas, de modo que a LGPD representa um importante amparo jurídico para a garantia da proteção de dados nas relações de trabalho.

**PALAVRAS-Chave:** Consentimento. (In) aplicabilidade da LGPD nas relações de trabalho. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Norma trabalhista. Princípios gerais e específicos.

**A ineficácia da aposentadoria especial no RGPS pós-Emenda Constitucional nº 103/2019**

Paulo Reni Kehl dos Santos

Edimara Sachet Risso

**RESUMO:** O tema deste trabalho de conclusão de curso é a alteração da aposentadoria especial promovida pela Reforma da Previdência promulgada em novembro de 2019. Suas mudanças trouxeram enormes prejuízos aos trabalhadores que estão expostos a agentes nocivos, ainda mais com o posicionamento do STF sobre o trabalhador que se aposenta de forma especial, se afastar do trabalho de forma definitiva (Tema 709). O objetivo geral é demonstrar a importância da aposentadoria especial para o segurado que trabalha em condições nocivas, além de demonstrar os requisitos para a aposentadoria especial e quais as atividades que podem gerar esse direito, a partir dos princípios que regem a Previdência Social. Apesar da evolução tecnológica, ainda não se conseguiu erradicar as condições nocivas à saúde ou à integridade física do trabalhador, por isso, alterar drasticamente os requisitos a ponto de tornar a aposentadoria especial praticamente uma aposentadoria comum fez com que a Reforma Previdenciária e a decisão do STF, praticamente, excluíssem o direito à aposentadoria especial, tendo em vista a fixação da idade mínima pela Emenda Constitucional n. 103 de 2019 e a proibição de continuidade do trabalho na atividade após a concessão do benefício por decisão do Supremo Tribunal Federal de junho de 2020.

**PALAVRAS-Chave:** Aposentadoria especial; Atividades especiais; Princípios previdenciários; Reforma da Previdência.

---

**Impactos do Código de Processo Civil de 2015 na tutela jurisdicional coletiva**

Rafaela Gonçalves Vieira

Roberto Carlos Gradin

**RESUMO:** Estudo que aborda o Código Civil de 2015 na tutela jurisdicional. Tem como objetivo analisar os possíveis impactos do Código de Processo Civil de 2015 em determinados institutos relacionados à tutela processual coletiva, de modo a contribuir para o seu entendimento e aplicação na seara dos direitos coletivos. Para tanto, parte da problemática de identificar quais são os possíveis impactos do Código de Processo Civil de 2015 na tutela jurisdicional. Para responder à problemática, recorre-se à metodologia de revisão bibliográfica, verificando na doutrina e na legislação as teorias e dispositivos acerca da temática. Conclui-se que o Código de Processo Civil de 2015 traz importantes modificações à doutrina, reforçando dispositivos constitucionais e contribuindo para o acesso coletivo à justiça por meio do aperfeiçoamento das ferramentas de tutela coletiva.

**PALAVRAS-Chave:** Processo coletivo; Tutela coletiva; Tutela jurisdicional

---

**A repercussão geral da matéria federal como requisito de admissibilidade do recurso especial**

Thais Delavy da Silva

Maria Carolina Rosa de Souza



## **Apresentação**

*Adriana Fasolo Pilati  
Idioneu Oliveira Vieira*

A terceira edição do *Anuário* da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, ora publicada, há de ser comemorada, principalmente pela viabilidade de produção científica em meio à pandemia COVID-19.

Mesmo diante das dificuldades que se apresentaram nos últimos anos acadêmicos para se estabelecer uma relação de ensino e aprendizagem entre professores pesquisadores e acadêmicos, nesta edição, recebemos várias contribuições advindas tanto do corpo docente quando do corpo discente dessa sexagenária faculdade.

A presente obra é composta por reflexões interdisciplinares do direito com a sociologia, a filosofia, a psicologia, a hermenêutica e a argumentação. Ainda, guardam relação com os eixos da transversalidade, em especial os direitos humanos e a educação ambiental. Esse diálogo, também, perpassa vários ramos do direito e representa o resultado de aplicados estudos realizados nos grupos de pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, entre seus acadêmicos e professores.

A produção científica publicada nos Anuários é resultado dos mecanismos de produção de conhecimento utilizado na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, de acordo com as diretrizes do Ministério de Educação (MEC), conferindo ao acadêmico habilitação para a reconstrução dos conhecimentos durante sua formação, de tal modo que seja capaz de exercer e de praticar os conhecimentos adquiridos no decorrer de sua formação acadêmica.

Neste livro, os autores, em sua maioria discentes e docentes da graduação, foram desafiados a aplicar os conhecimentos adquiridos em produção científica, como forma de incentivar nestes o hábito da pesquisa e da escrita e, conseqüentemente, a construção do conhecimento.

Esta terceira edição dos *Temas Contemporâneos do Direito* apresenta-nos novos autores, novos rostos e novas responsabilidades. Todos os artigos dessa edição contêm seus próprios méritos e refletem o momento histórico e reflexivo de cada pesquisador em particular. Aqui, cabe-nos lhes dar os parabéns pela coragem em expor suas pesquisas aos olhos da crítica acadêmica, o que lhes servem para o aperfeiçoamento intelectual.

Com isso, os estudos agrupados no presente trabalho representam discussões teórico-acadêmicas interdisciplinares, à luz de um viés transdisciplinar, que envolvem os temas abordados. Por meio de reflexões acuradas, os autores apresentam soluções jurídicas às problemáticas investigadas, sob um prisma hermenêutico e constitucionalizado, em especial para compreender a complexidade do fenômeno social.

O desejo das organizadoras é que esta obra contribua nas discussões jurídicas e interdisciplinares, das múltiplas temáticas apresentadas. Agradecemos, de forma especial, a todos os colegas professores e aos alunos que contribuíram nesta edição, reforçando nosso compromisso institucional conjunto de excelência no ensino jurídico.



## **Instrumentos úteis ao combate da alienação parental na guarda compartilhada**

*Ângela Rodrigues da Costa*<sup>1</sup>  
*Cristiane Beuren Vasconcelos*<sup>2</sup>

### **Introdução**

O direito de família reside na importância da necessidade de se regular as relações existentes entre seus diversos membros e as influências que exerce sobre as pessoas e bens, abarcando questões sociais, éticas, históricas, etc. Nesse meio campo, encontramos uma interdisciplinaridade do direito das famílias com os outros ramos da ciência, essa interdisciplinaridade busca uma melhor compreensão sobre determinados assuntos e sobretudo os efeitos que as diversas mudanças ocasionam para a sociedade.

Sendo a família base precípua e sustento de toda uma coletividade, baseada no respeito mútuo, na humanidade, na justiça, na solidariedade, na igualdade tendente a promover a dignidade de seus membros, com a reafirmação dos preceitos do afeto e da ética, enfatizando os laços afetivos do amor, carinho e respeito entre pais e filhos, norteando assim, todas as relações interpessoais, a proposta de trabalho científico tem por escopo possibilitar o conhecimento da problemática no círculo dessas relações, propondo uma reflexão acerca do tema. Além disso, visa a pesquisa dos posicionamentos sobre a questão suscitada, apontando os fundamentos e

---

<sup>1</sup> Discente do curso de direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF.

<sup>2</sup> Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pela UFRGS; Mestre em Direito das Relações Jurídicas e Sociais pela UFPR; Professora Adjunta da UPF; Advogada.

características, com ensejo à guarda compartilhada, e sobretudo abordar a relevância do judiciário como interventor nas soluções de conflitos que abrangem o direito de família.

O presente trabalho se orientará numa pesquisa que abordará a relação da alienação parental e a guarda compartilhada num viés mais psicológico e jurídico na busca para solucionar a seguinte indagação, objeto da pesquisa: seria possível a guarda compartilhada vir a ser a solução efetiva para o conflito existente na alienação parental? O que se busca são formas de lidar com tal situação em prol de uma convivência familiar harmônica e social, em que a intervenção estatal se faz necessária tão somente no sentido de tutelar a família e dar-lhe garantias, com ampla manifestação de vontade e condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.

Pois, inúmeros são os problemas decorrentes do desfazimento da união conjugal, tanto para o casal quanto para os filhos, mesmo sendo uma opção, nem sempre os envolvidos estão emocionalmente preparados, por isto em determinadas situações reagem negativamente. Assim sendo, a decisão judicial poderá ser melhor aceita, e mais adequada, se contextualizada e fundamentada em pareceres psicológicos e sociais, oportunidade em que serão considerados os vários aspectos da situação.

O aprofundamento teórico do estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras e artigos, apoiando-se em um método dedutivo, não se trata apenas de uma abordagem teórica, mas uma questão teórico-jurídico-psicológico, em que não obstante, se faz relevante o papel do judiciário em questões tão complexas como o direito das famílias.

Nesse sentido, se faz necessário num primeiro momento uma compreensão do que vem a ser o instituto da guarda compartilhada, sua relação com os direitos fundamentais, qual o papel da família e, sobretudo,

a relação do Estado como interveniente garantidor das relações patrimoniais. Um conceito atual de família no ordenamento jurídico, evidenciado nos novos arranjos familiares dentro da ótica familiar contemporânea, baseado no afeto, deslocando a proteção jurídica da família da instituição para o sujeito.

Num segundo momento, diante do panorama atual, mostra-se de suma importância abordar os aspectos psicológicos e jurídicos que permeiam o exercício da guarda compartilhada, a percepção dos filhos diante da separação dos pais, o desempenho de ambos os papéis parentais no compartilhamento da guarda e a concepção por meio dos psicólogos de como é tido esse compartilhamento no ambiente familiar, para após num terceiro momento, apontar os possíveis instrumentos que fomentariam a aplicabilidade da guarda compartilhada como solução efetiva para a alienação parental e sua operacionalização diante da ótica jurídica e social.

E então, consubstanciado à aplicabilidade da guarda compartilhada, apresentar as maneiras como se trabalharia com tais instrumentos, suas características e funcionalidade, bem como seus objetivos dentro da perspectiva do Direito de Família, como meios aptos a proporcionar o diálogo e a negociação entre os seus vários membros, a fim de se desvendar os aspectos relacionais que estão emperrando uma comunicação efetiva e o desenvolvimento saudável de seus envolvidos.

### **1. Uma análise do instituto à luz da concepção atual de família e o princípio da convivência familiar**

Para uma melhor elucidação do tema ora abordado, se faz necessário uma compreensão do que vem a ser o instituto da guarda compartilhada, sua relação com os direitos fundamentais, evidenciando o papel da família e, sobretudo, a relação do Estado como interveniente garantidor das relações patrimoniais.

### **1.1 Para um conceito atual de família no ordenamento jurídico brasileiro**

A noção atual de família parte de um fenômeno social que se altera de acordo com os padrões, modelos e influências culturais de cada sociedade, seja pela religiosidade, questões econômicas e socioculturais, seja pelas características inerentes ao seu conceito, como o amor, o afeto. Como colaciona Cleyson Mello, é possível verificar novos arranjos familiares dentro da ótica familiar contemporânea, abordada pelo afeto, dignidade, solidariedade e eticidade, não podendo ser vista somente como uma instituição sociocultural, senão por meio de um caráter instrumental, ou seja, o caminho e o lugar no qual a pessoa busca a felicidade (2017, p.107).

A noção de entidade familiar vem a se adequar aos vários pressupostos preexistentes desses novos arranjos familiares. E dentro desses novos arranjos, na busca da felicidade de cada “ser”, uma nova definição de família se concebe: a família eudemonista, que enseja a felicidade individual de cada um de seus membros. O indivíduo tem imbuído o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade, é a família socioafetiva baseada no afeto e de caráter instrumental, vivendo um processo de emancipação. A proteção jurídica da família desloca-se da instituição para o sujeito, incumbindo ao Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um que a integra, devendo ser identificada, diga-se de passagem, pela comunhão de vida, amor, afeto, no plano da igualdade, liberdade, solidariedade e da responsabilidade recíproca.

Alexandre Cortez preceitua a proteção do Estado frente à família por meio da Liberdade, princípio que absorve a livre decisão do planejamento familiar, contemplado na Constituição sob o prisma de duas vertentes: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade; e, liberdade de cada membro diante dos outros membros e diante da própria entidade familiar (2015, p.79). A comunhão de vida familiar se estabelece

sem qualquer tipo de imposição ou interposição de pessoa jurídica, tendo a intervenção do Estado tão somente para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito.

É na família que se nutre os maiores sentimentos que as pessoas podem experimentar umas pelas outras, sejam eles bons, sejam eles ruins, assim sendo, o direito deve ter cuidado no tratar dessa temática, utilizando-se de normas jurídicas céleres, atento para o fato de que a família se transforma constantemente e os relacionamentos ganham contornos cada vez mais complexos. Segundo Cortez, pode-se dizer que a função atual da família é ser um princípio geral de promoção da pessoa humana, assentada na premissa de que seus membros estão unidos por laços de convivência fraterna e solidária, concretizadas em bases de afetividade, de valores sociais que a família exerce, não apenas na sociedade, como no Estado (2015, p.24).

Para Rodrigo Pereira, a família deve ser considerada como uma estrutura psíquica, capaz de apreender mais profundamente as relações que pretende legislar e ordenar (2012, p. 151). E nesse viés, o de compreender a família como estrutura psíquica, como núcleo formador do sujeito, é que as novas estruturas parentais e conjugais passaram a ter um lugar no ordenamento jurídico pátrio. O que determina a boa formação de um filho e a sua felicidade é a medida do amor e os limites que este recebe, de modo que favoreça seu desenvolvimento e um melhor discernimento ao compreender a realidade dos fatos.

Desse modo, a dissolução dos vínculos afetivos dos pais não deve levar à cisão, nem dos direitos, nem dos deveres com relação aos filhos, e ainda, não deve comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois necessário manter os laços de afetividade, e aí é que o Estado como garantidor (em sede constitucional dos direitos sociais) possui obrigações tanto positivas no sentido de concretização das suas atribuições, como

negativas no sentido de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização. Deve o afeto, com ou sem vínculos biológicos, constituir o foco maior da família, cabendo ao Estado estruturar os meios assistenciais, judiciais, legais e materiais para o acesso à Justiça, a fim de que o ideal de família seja alcançado nas situações de conflito que permeiam as relações familiares.

## **1.2 Dos direitos fundamentais: convivência familiar e os princípios inerentes ao direito de família**

Nos dias de hoje pode-se dizer que a noção de família ganha uma nova função, qual seja, a de servir de recurso para estruturação pessoal, para a livre e plena formação da personalidade de seus componentes, pautada nos ideias de concretização dos direitos fundamentais, nas garantias asseguradas a cada indivíduo que compõe a sociedade, contando com o compromisso constitucional de proteção da pessoa. Para Renata Almeida a família surge inclusa nessa sistemática, servindo como instrumento apto para a promoção dos direitos fundamentais, concretizando a tutela do existencialismo e da própria dignidade (2012, p.60).

Numa abordagem principiológica da família, a que se falar no princípio da afetividade, que na concepção atual é tido como mola propulsora das relações familiares, decorrente da liberdade que todo indivíduo tem de sentir afeto um pelo outro, seja nas relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, seja nas relações entre os parentes. Rolf Madaleno abarca através das palavras de Giselle Groeninga, o amor como condição para entender o outro e a si mesmo, respeitando a dignidade e desenvolvendo uma personalidade saudável, não sendo inteiramente saudável aquele que não pode merecer o afeto dos pais ou de sua família e sendo pior ainda quando não pode receber de ninguém (2019, p.99).

E, em se tratando de direito de família, como não falar no princípio do melhor interesse da criança e adolescente, que para Carvalho possui suas raízes nas mudanças ocorridas na estrutura familiar nos últimos anos, possuindo estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e adolescente, que são de prioridade absoluta (2018, p. 110). Há o dever de preservação e proteção integral às pessoas que se encontram em situação de fragilidade e em processo de amadurecimento e formação da personalidade, que precisam de cuidados especiais para sua criação, orientação, educação e plena assistência familiar e comunitária, consideradas as necessidades do infante em detrimento dos interesses dos pais, possuindo condição prioritária e proteção não apenas da família, como também do Estado e da sociedade.

Cumpra-se enfatizar a normativa observada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 20 de novembro de 1989 e ratificada no Brasil em 1990, em seu art. 3º, I, mencionando que todas as ações relacionadas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança. Assegura-se com absoluta prioridade a efetividade de seus direitos fundamentais, entre eles os direitos à dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar, o que prima face, deve ser observado nos mais diversos viés do direito das famílias, levando-se em conta que deve ser respeitado o sentimento do menor, a sua vontade, atendendo aos seus interesses, dentre eles e talvez o mais importante a se considerar, o direito à convivência familiar.

Antônio Coltro elucida que a família constrói sua realidade através da história compartilhada de seus membros, cabendo ao Direito, diante de novas realidades, criar mecanismos de proteção visando, especialmente, às pessoas em fase de desenvolvimento (2017, p.317). Dentro dessa

perspectiva temos o princípio da dignidade da pessoa humana, atuante na órbita constitucional na condição de princípio fundamental e como tal consagra os valores mais importantes da ordem jurídica, gozando de plena eficácia e efetividade. Para Maria Berenice Dias, a dignidade da pessoa humana incide sobre uma infinidade de situações, podendo ser identificada como princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais carregado de sentimentos e emoções que em face dos outros princípios também é sentido e experimentado no plano dos afetos, o mais universal de todos os princípios, um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais (2015, p.44).

Seu papel no direito das famílias surge na defesa intransigente dos componentes que formam a estrutura congênita do ser humano, prevalecendo o respeito à personalidade do homem e de sua família, configurando um único sistema e um único propósito, que visa assegurar a comunhão plena de vida de cada integrante da unidade familiar e ao mesmo tempo, garantindo ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados, tanto pela sociedade, quanto pelo poder público, de modo a preservar a valorização do ser humano.

### **1.3 O instituto da guarda compartilhada: para uma delimitação necessária**

Antes de adentrar ao que seria o instituto da guarda compartilhada, importante tecer algumas considerações sobre a aplicabilidade da guarda unilateral em nosso sistema normativo e a relação da guarda alternada. Atualmente em nosso ordenamento jurídico há previsibilidade de duas modalidades de guarda: a unilateral e a compartilhada. Conforme o que preceitua nosso Código Civil de 2002, em seu artigo 1.583, § 1º, a guarda unilateral é compreendida como aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Nessa modalidade (unilateral), a guarda é concedida ao genitor que revele melhores condições para exercê-la,



possuindo maior capacidade para propiciar ao filho saúde, segurança, educação e afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, assegurado ao outro que não possui a guarda o direito de visitas.

Em que pese o ordenamento prever apenas duas modalidades de guarda, há discussões sobre a aplicabilidade da guarda alternada, entendida como aquela exercida por um dos genitores durante um período de tempo, podendo ser por alguns dias, uns meses, ou até um ano, contudo a responsabilidade sobre assuntos relacionados a criança ou adolescente, cabe exclusivamente ao genitor que possua a guarda. Ocorre que, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afastou a tese da guarda alternada e reconheceu a guarda compartilhada como a mais adequada para o melhor interesse da criança e adolescente, tendo em vista que a mesma mantém a convivência de ambos os pais na vida de seus filhos. Assim, não deve ser confundida a alternância de lares com a guarda alternada, que para a ministra relatora do caso que ensejou discussão e previsibilidade da guarda compartilhada, Nancy Andrichi, é precisa a ideia de que a guarda compartilhada inclui não só a custódia legal, como também a custódia física, tanto por não haver restrições no texto da lei quanto ao exercício do poder familiar na guarda compartilhada, quanto pela inviabilidade de se compartilhar apenas a custódia legal da criança, sendo necessária a presença física de ambos os genitores no cotidiano de seus filhos.

Dito isso, passa-se a análise do instituto da guarda compartilhada. Instituída pela Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada passa a ser a regra aplicada quando da ausência de acordo entre os genitores, tida como um dos deveres inerentes ao poder familiar e à tutela, servindo prioritariamente aos interesses e proteção da criança e adolescente, e sobretudo, obrigando seu detentor a prestar a devida assistência, seja ela material, moral, educacional e inclusive previdenciária, conferindo ao menor a condição de dependente e ao mesmo tempo garantindo sua ampla

proteção. Ocorre quando os pais adquirem para si a responsabilidade recíproca de criação de seus filhos, decidindo de comum acordo sobre sua situação, de modo que se permitam compartilhar a prevalência da autoridade parental, tendo por escopo a integral proteção do menor por sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e sua falta de maturidade.

Segundo Coltro, “compartilhar a guarda de um filho é garantir que ele tenha pais igualmente engajados e comprometidos na sua criação e no atendimento aos deveres ínsitos do poder familiar” (2017, p. 41). O que enseja na menor alteração possível na relação entre pai e filho e, igualmente, na relação entre mãe e filho, o que possibilitará no melhor desenvolvimento psicológico e maior estabilidade emocional do menor, na medida que pai e mãe dividirão igualmente o mesmo tempo e a mesma responsabilidade legal com relação aos seus filhos, compartilhando obrigações e resolvendo juntos todas as questões pertinentes a vida do infante.

Maria Berenice Dias, menciona que a guarda compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, de maneira que estes estejam presentes de forma mais intensa na vida de seus filhos, o que leva à “pluralização das responsabilidades”, objetivando verdadeira democratização de sentimentos (2015, p.525). Essa corresponsabilidade parental, garante de forma efetiva a permanência de uma vinculação mais estrita, no que concerne a relação direta entre pai e filho e mãe e filho, e a ampla participação de ambos na educação, saúde e desenvolvimento, seja ele psicológico, seja ele emocional, o que uma simples visitação a cada 15 dias por exemplo, dependendo do que é arbitrado, não dá espaço. Se mostra de suma importância manter os laços de afetividade entre os pais, pois menores são os efeitos que a separação poderá acarretar aos filhos, o que

confere ao exercício da função parental uma forma mais isonômica de gerenciar e planejar a vida desse infante. Desse modo:

A guarda compartilhada legal procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal, e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção dos filhos, e sigam responsáveis pela integral formação da prole, mesmo estando separados, obrigando-se a realizarem da melhor maneira possível suas funções parentais. [...] exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não algum eventual interesse egocêntrico dos pais (MADALENO, 2020, p. 121).

O objetivo da guarda compartilhada é dar continuidade ao exercício recíproco da autoridade parental, e para tanto depende da estabilidade emocional dos pais, que tenham boa comunicação entre si, de modo que vise atender aos pressupostos do melhor interesse da criança e adolescente, da dignidade da pessoa humana e do direito à convivência familiar.

A guarda compartilhada seria melhor entendida como “guarda compartilhada de poder familiar compartilhado ou cuidados pessoais compartilhados”, no sentido de que o filho residiria de maneira principal no domicílio de um dos pais, restando a ambos a responsabilidade de compartilharem as decisões e de distribuírem de igual maneira as tarefas atinentes aos cuidados da prole (MADALENO, 2020, p. 120).

A ruptura da sociedade conjugal não necessariamente precisa vir acompanhada de frustração e incompatibilidade, a guarda compartilhada compreendida como modalidade decorrente da relação paterno-filial, possibilita aos pais a expectativa de exercerem, com a maior amplitude possível, o poder familiar e o desejo inerente à paternidade de criar e educar os filhos e conviver com esses filhos em “pé de igualdade”. Importante que os genitores tenham consciência de seu papel de

educadores, de exemplo aos filhos e da necessidade de estarem presentes e respeitarem a convivência familiar do filho com os demais parentes como estímulo para o afeto entre eles. A ideia de compartilhamento está, sobretudo, situado na subjetividade que se manifesta no estabelecimento de valores comuns, na tomada de decisões que, no fim, sejam uniformes, na coparticipação da vida cotidiana dos filhos e no diálogo, amistoso e sensato, entre os pais, que somente será conseguido com o “afrouxamento” das relações conjugais e o estreitamento dos laços parentais.

## **2. Dos aspectos psicológicos e jurídicos no exercício da guarda compartilhada**

Diante do panorama atual, importante abordar os aspectos psicológicos e jurídicos que permeiam o exercício da guarda compartilhada, a percepção dos filhos diante da separação dos pais, o desempenho de ambos os papéis parentais no compartilhamento da guarda e a concepção por meio dos psicólogos de como é tido esse compartilhamento no ambiente familiar.

### **2.1 A interface da separação ou do divórcio através da percepção dos filhos e o exercício da coparentalidade na vivência da guarda compartilhada**

A separação exige dos adultos a capacidade de seguir cooperando como pais para o bom desenvolvimento dos filhos e isso na maioria das vezes não é fácil, requer comprometimento para que dessa forma possam compartilhar suas emoções e sentimentos com responsabilidade e respeito, promovendo um ambiente de apoio e seguro. Camila Kostulski, destaca que a separação pode proporcionar ganhos qualitativos aos adolescentes, dependendo é claro, das condições na quais os pais se encontram, se os pais se mantêm ativos e presentes no exercício de suas funções parentais, isso pode contribuir para o senso de responsabilidade e

autonomia dos filhos (2017, p.26). Contudo, frisa-se que ao mesmo tempo em que uma nova realidade pode proporcionar uma maior autonomia e favorecer o amadurecimento para a criança/adolescente, pode também provocar ressentimentos e dúvidas, podendo o filho perceber a separação como uma boa solução para a família num primeiro momento e acabar se sentindo sozinho ou incapaz de buscar apoio em outro.

Os pais ao continuarem exercendo as funções parentais, com o intuito de buscar amenizar os possíveis conflitos decorrentes da separação, permitem com que os filhos não se sintam excluídos do seio familiar. Camila ainda explana que o divórcio parental passa a ser um fator de risco, caso haja a consolidação do afastamento entre pais e filhos e as figuras parentais, “a sensação de abandono e desamparo cria uma situação de vulnerabilidade, propiciando o aparecimento ou a potencialização de desajustes”, o que também dependerá muito do relacionamento anterior dos pais com os filhos (2017, p.29).

<sup>3</sup>Ana Cristina Staudt, percebeu o caráter multifacetado da experiência de compartilhar a guarda dos filhos observando-se que a funcionalidade de seus arranjos envolve fatores de diferentes ordens, tais como a relação entre os ex-cônjuges, as características de personalidade dos pais e dos filhos, a forma como se deu o processo de divórcio, entre outros, concluindo-se que não necessariamente é o tipo de guarda que prediz sua eficácia, mas o arranjo dos aspectos e circunstâncias que a compõem e, a partir desse panorama encontrado e com o aprofundamento do entendimento sobre um dos fatores de grande influência na vivência da guarda compartilhada, se tem as características do subsistema da coparentalidade, evidenciada quando o “marido” e “esposa” deixam de

---

<sup>3</sup> Psicóloga, apresenta sua tese no curso de Doutorado em Psicologia, do Programa de Pós-Graduação em Psicologia, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sobre “A experiência de compartilhar a guarda dos filhos: desafios, possibilidades e realidades”, discorrendo acerca da funcionalidade dos arranjos da guarda compartilhada e as características do subsistema da coparentalidade.

exercer tal papel, para assumir o de “pai” e “mãe”, deixando de lado as questões conjugais, em detrimento das patrimoniais, com ensejo ao afeto, e com o objetivo de dividir a responsabilidade e alegria perante o filho.

Por meio de entrevistas com díades compostas por ex-casais que compartilham a guarda dos filhos, procurou-se identificar características da coparentalidade que favorecessem ou dificultassem essa experiência, assim como verificar de que forma a medida de compartilhamento pode amenizar ou afetar a relação nesse subsistema, identificando-se a satisfação com o acordo de guarda, o arranjo da convivência dos filhos com cada um dos cônjuges, a existência de fronteiras nítidas entre os subsistemas parental e conjugal, o nível de conflito entre pais e a capacidade de comunicação do par parental, como os maiores desafios nessa experiência. Observou-se ainda, que para a vivência positiva da guarda compartilhada, envolve a otimização dos recursos do sistema coparental na conciliação e manejo desses fatores em sua dinâmica.

Muitas são as reações dos filhos diante da separação, pois vários são os fatores envolvidos, como conflitos, alterações na rotina e o relacionamento que se estabelece com a figura parental que sai de casa e, nesse sentido, o exercício da paternidade e da maternidade e, por consequência a condição de filho, é tido como um bem indisponível e como tal, trata-se de um dever dos pais em proporcionar as melhores condições no que tange à educação e formação de seus filhos.<sup>4</sup>Conrado da Rosa, argumenta que o compartilhamento propicia aos filhos acesso a ambos os pais, há redução dos sentimentos de perda ou abandono, diminui a pressão sobre as crianças que não precisarão escolher entre um ou outro, elimina

---

<sup>4</sup> Assistente social, apresentou sua tese de Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sobre “Guarda compartilhada como forma de cogestão parental: avanços, desafios e contradições”, argumentando, de forma interdisciplinar, a respeito da gestão da vida dos filhos após a dissolução de um casamento ou de uma união estável.

o conflito de lealdade, garante a manutenção de relações e ligações com ambas as famílias e os avós paternos e maternos.

Assim, diante do panorama de famílias desconstituídas, o menor precisa sentir que pertence inteiramente às duas famílias, a que ele constitui com o pai e eventuais irmãos, e eventual nova esposa, e a que ele constitui com a mãe e eventuais irmãos, e eventual marido. Precisa sentir que faz parte da vida de seus genitores, mesmo diante da “separação”, de modo que ambos possam exercer a coparentalidade, a fim de garantir o zelo pelo melhor interesse, cuidando da sua boa formação moral, social e psíquica.

## **2.2 Compartilhamento da guarda e o desempenho de ambos os papéis parentais**

A questão da guarda compartilhada tem sido percebida, felizmente, sob o enfoque de atendimento tanto dos casais separados, como também de seus filhos. Na tentativa de se adequar à realidade, o Direito de Família vem buscando formas levando em consideração, precipuamente, o estado emocional da criança e/ou adolescente como aspecto relevante nas decisões judiciais. Para <sup>5</sup>Julieta Arsênio, a guarda compartilhada é uma forma de minimizar os danos emocionais que a falta de convivência diária com um dos genitores pode ocasionar na criança, não devendo a discussão sobre guarda de filhos ficar limitada apenas aos aspectos jurídicos, sendo necessário que haja uma interdisciplinaridade (cooperação) do direito com outras áreas como a sociologia, o serviço social, a psicologia, dentre outras.

Parte-se da presunção de que cada genitor procederá segundo o uso social e as circunstâncias na maior convivência e melhor interesse do

---

<sup>5</sup> Psicóloga e especialista em psicologia jurídica, publica seu artigo na Folha de Londrina (jornal local de circulação de notícias do Estado do Paraná), intitulado “Guarda compartilhada sob enfoque psicológico”, a respeito da importância da interdisciplinaridade do instituto como meio de viabilizar a participação e a responsabilidade conjunta de ambos os pais na vida de seus filhos.

menor, e que eventual decisão tomada por qualquer um dos dois seja naturalmente aceita pelo outro. A residência única onde o menor se encontrará domiciliado juridicamente, é que definirá o espaço dos genitores no exercício de suas responsabilidades, não deixando de propiciar ao não guardião a prerrogativa de deliberar conjuntamente sobre o programa geral de educação, assistência (seja ela em seu aspecto moral, seja em seu aspecto material traduzido na obrigação alimentar, tendo como fonte a relação de parentesco e o dever de sustento) e orientação. Ambos exercem simultaneamente todos os direitos/deveres relativos à pessoa dos filhos, o que pressupõe ampla colaboração entre os pais, quando há essa cooperação, quando os pais não expõem seus filhos a seus conflitos, minimizam a probabilidade de os mesmos desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais, até mesmo que isso atrapalhe na sua formação para a vida adulta.

Pois bem, se a separação significa perda, por que não, a guarda compartilhada servir como uma fórmula e uma saída para que os filhos não se separem de seus pais? Vindo a funcionar como uma possibilidade a mais para que os mesmos ganhem uma educação mais saudável e lhes garanta o direito à convivência familiar com ambos os genitores. Pode ainda, garantir um melhor desempenho de ambos os papéis parentais, rompendo com a ideia daquele pai que se faz presente apenas nos períodos de visita, datas festivas alternadas, assegurando desse modo a manutenção dos vínculos do menor com seus pais, não correndo o risco ainda de qualquer deles perder a intimidade e a ligação potencial na relação familiar. Importante se faz a presença de ambos os genitores na vida de seus filhos para que estes construam sua própria imagem de cada um, sem que haja qualquer tipo de interferência que possa levar a conflitos de lealdade. Mas claro, evidente que inexistente um plano de cuidado parental que não traga efeitos colaterais.



Morgana Oliveira e Maria Cristina Goulart, são favoráveis ao exercício da guarda compartilhada e afirmam que a partir do momento que os pais passam a dividir as responsabilidades em relação à criança, estes obtêm como consequência a não sobrecarga dos assuntos relacionados à vida dos filhos, mantendo-se os laços de convivência (2016, p. 20). Quando os pais conseguem e têm a ciência de separar a situação conjugal da parental, o modelo da guarda compartilhada torna-se benéfico. E para isso, há uma necessidade de que os mesmos entendam que ao se separarem não deixam de ter a responsabilidade como pais no exercício da parentalidade.

Segundo Daiana da Silva, a criança desenvolve sua saúde mental conforme o ambiente em que vive, diante disso se a mesma conviver diariamente com os conflitos da separação e da disputa de guarda está correndo o risco de ter problemas de ajustamento emocional e comportamental, além de distorções de estruturação da personalidade devido aos danos psicológicos sofridos (2011, p.11).

Evidente que se os pais não conseguirem ser continentais com as angústias e dúvidas de seus filhos, quando da separação, explicando as mudanças que ocorrerão, esses poderão se sentirem inseguros e com medo do abandono e esse sentimento de insegurança fará com que não consigam estabelecer vínculos sólidos com outras pessoas, dificultando a convivência em sociedade e forte tendência ao isolamento, deixando suas referências pessoais comprometidas. Do mesmo modo, é importante que o menor possa manifestar sua opinião sobre os fatos que o cercam e sobretudo sobre decisões que serão tomadas e que influenciarão diretamente em sua vida.

### **2.3 Desenvolvimento social e emocional do menor: aspectos psicológicos e jurídicos no exercício da guarda compartilhada**

As relações familiares, particularmente aquelas entre pais e filhos, são fundamentais no desenvolvimento psíquico destes, pela transmissão de crenças, mitos e compartilhamento de valores, sua importância para o desenvolvimento emocional do menor se dá na medida em que há a necessidade de participação efetiva de seus genitores. No entanto, a família pode vir a servir em condições distantes da ideal como instrumento de manutenção da infantilização e de promoção de disfunção emocional em seus membros, ficando vulnerável a situações críticas vividas por um ou alguns de seus parentes familiares (CEZAR-FERREIRA, 2016, p. 79).

Com o intuito de proteção do menor temos o princípio do melhor interesse da criança, norteador pela concepção de o Estado de atuar como guardião daquele que sofre uma limitação jurídica, autorizando este a exercer o papel de assumir as regras de orientação paternal:

O princípio do melhor interesse da criança sempre foi o principal fundamento para decisões judiciais em matéria de guarda. Embora o direito brasileiro contivesse disposição legal que determinava a atribuição da guarda ao cônjuge inocente, a jurisprudência majoritária já fazia uma distinção entre as relações conjugais das relações parentais (de filiação), considerando que o comportamento reprovável de um dos cônjuges perante o outro não implicava o exercício reprovável da paternidade ou maternidade (RAMOS, 2015, p. 128).

Consagra a Constituição Federal/1988 o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança com absoluta prioridade os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme dispõe o artigo 227. E nesse sentido, pode-se dizer que se estabelece uma

forte relação do princípio do melhor interesse da criança com a figura do princípio da convivência familiar, reconhecido constitucionalmente e, assegurado no plano infraconstitucional, pelo art. 19 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), o qual faz menção ao direito dos filhos conviverem com seus pais, mesmo que divorciados, servindo a guarda compartilhada como garantia desse direito e devendo ser tutelado pelo Estado, pela sociedade e pela família, numa participação conjunta de promoção deste direito.

Com o objetivo de garantir o melhor interesse do menor é que levaram os tribunais a propor e a atribuir a guarda compartilhada, como regra. Significa dizer, a princípio, que quando do fervor do término da relação conjugal, esta modalidade pode não ser a melhor indicada, não podendo ser imposta se não houver boa vontade e compreensão de ambos os progenitores. Pois, aos pais cabe o dever de disciplinar não somente os alimentos, como também guarda e direito de visitas, descrevendo de forma minuciosa a convivência nas férias escolares e festividades religiosas e feriado natalino (VENOSA, 2019, p.212). Deve o magistrado decidir atento à vontade dos pais conforme a declinam na separação por mútuo consentimento, procurando uma solução prevalente que melhor se adapte ao menor e levando em consideração os sentimentos e direitos dos pais.

Casos como a alienação parental, por exemplo, e disputa de guarda envolvem sentimentos e emoções de pessoas, devendo cada caso concreto ser analisado levando-se em conta o melhor interesse da criança e/ou adolescente. Segundo Marques e Santos o problema da alienação não deve ser minimizado, mas sim entendido como uma das formas mais importantes de contribuição da Justiça para a boa harmonia social, na medida em que “a prevenção é melhor que a tentativa de reverter o mal feito” (2011, p. 173).

<sup>6</sup>Analícia de Souza e Leila de Brito, argumentam que a guarda compartilhada possibilita um apoio legal para manutenção dos vínculos entre pais e filhos após uma separação conjugal, distanciando a ideia de um dispositivo punitivo como parece sugerir a lei sobre alienação parental e servindo também como uma “ancoragem social para que pais e mães mantenham seus respectivos lugares junto aos filhos”.

Ainda destacam que a lei sobre a alienação parental restringe a problemática que envolve conflito e relações familiares pós-divórcio a aspectos individuais, desconsiderando, diversos fatores sociais e legislativos que, com o tempo, têm contribuído para o afastamento de um dos pais após o divórcio do casal. Dessa forma, fundamental seria a participação de psicólogos, tendo em vista que as reprimendas estatais previstas na nova lei (da guarda compartilhada) serão adotadas a partir do diagnóstico da própria alienação parental.

Nesse sentido, na medida em que um dos pais é afastado do convívio familiar com o filho em razão do exercício da guarda única, assegurada a visitação tão somente a cada quinze dias por exemplo, menos oportunidade a criança terá de receber atenção, carinho, amor e educação por parte desse genitor e menor será a chance de a criança demonstrar a problemática vivenciada na escola, nas ruas e dentro de sua própria residência. A concepção de que o melhor interesse da criança se encontra através da busca alternativa de um dos pais apresentar “melhores condições” de criação, contribui significativamente para o incremento de tensões, hostilidades, angústias e agressividade entre as partes, servindo unicamente para aumentar, consideravelmente, os conflitos nas varas de famílias, além de manter a unificação das questões conjugais às parentais.

---

<sup>6</sup> Psicólogos, publicaram em 2011 pela Scielo, artigo sobre “Síndrome da Alienação Parental: da teoria Norteamericana à nova lei brasileira”, discorrendo, à luz dos conhecimentos da Psicologia, os motivos do projeto de lei sobre a alienação parental, explicitando-se também as decisões judiciais proferidas em diferentes países que tomaram por base esse conceito.

A determinação da guarda compartilhada mostra-se indispensável para que as funções paterna e materna possam ser garantidas às crianças, com observância dos preceitos legais, com implementação de políticas públicas que possam dar o devido suporte social, de maneira que haja preocupação do ente estatal em não afastar os genitores dos seus filhos e possibilitando inclusive a estruturação de programas que visem a auxiliar os pais no cumprimento da guarda compartilhada após a separação conjugal, com incentivo do convívio dos pais com os filhos. Dessa maneira, haverá maior possibilidade dessa criança/adolescente, crescer saudavelmente como pessoa e como ser humano, de modo que terá maior suporte com amparo de ambos os pais, presentes em sua vida. Nada substitui, principalmente no desenvolvimento de uma pessoa, de um ser humano, a presença de seus pais, somos concebidos do amor e nos aperfeiçoamos dele, sobretudo do amor paterno e materno.

### **3. Instrumentos úteis à aplicabilidade da guarda compartilhada**

Os possíveis instrumentos que fomentariam a aplicabilidade da guarda compartilhada como solução efetiva para a alienação parental e sua operacionalização diante da ótica jurídica e social.

#### **3.1 O dever de cuidado, atribuições do Poder Judiciário e a lei da alienação parental**

O Direito tem por base precípua tutelar as garantias do indivíduo dentro das relações sociais, não podendo obrigá-lo a pensar, agir ou alimentar sentimentos dessa ou daquela forma, tendo como função corrigir distorções nas relações jurídicas e vincular os atores sociais ao respeito à norma jurídica. Dentro dessa premissa, pode-se dizer que é na convivência saudável e na afeição entre os familiares que encontraremos as bases que permitirão a proteção da família, aí considerada na pessoa de seus componentes, sendo as condições fáticas que tornam cada família um

núcleo singular, com uma solução singular no que diz respeito ao “dar” e “receber”.

O desenvolvimento cognitivo, psíquico e social das crianças e adolescentes tem como base primária o ambiente familiar, pois é na primeira infância que os primeiros estímulos são desenvolvidos, sendo nessa fase primordial o cuidado e o afeto fornecidos pela família. É o primeiro contato que a criança tem e, por isso, as atitudes tomadas pelos entes da família têm relação direta com seu pleno desenvolvimento, bem como com a vida adulta futura que ela terá, sendo pois, necessário buscar meios para se efetivar um ambiente saudável. Tida como estrutura e formação social, a família é garantida constitucionalmente não em razão de titularizar um interesse superior, mas em função da realização das exigências das pessoas humanas, como lugar onde elas se desenvolvem.

Nesse aspecto, a ruptura abrupta e voluntária causada pelos processos de separação onde a vontade das partes diretamente envolvidas, influi nos aspectos emocionais dos demais envolvidos, levam a alteração substancial da estrutura familiar. A criança passa a sofrer não só pelo fim do casamento de seus pais, como também pela intensidade dos conflitos estabelecidos, que geram insegurança causada pela perda dos referenciais existentes em sua vida que, quando envolvida em um conflito conjugal pode sofrer por temor de ser abandonada por um dos pais, mesmo que inconscientemente. Aí começam os vestígios da prática da alienação parental - tida quando o genitor, geralmente o detentor da guarda, prejudica o relacionamento do menor com o ex companheiro/a, sendo a criança e/ou adolescente envolvido o mais prejudicado, desencadeando consequências psicológicas que podem afetar seu desenvolvimento até a vida adulta.

Cabe ao poder judiciário, no âmbito do direito familiar, identificar, prevenir, punir e solucionar os casos que envolvam a alienação parental e

dessa forma, com o objetivo de identificar, prevenir e amenizar os conflitos da prática da alienação parental, de maneira que nem os genitores e nem o menor alienado sejam prejudicados em seus direitos e garantindo o direito da convivência familiar, surgiu a Lei 12.318/2010. Caracterizada por uma ligação de acentuada dependência e submissão da criança e/ou adolescente ao genitor que detém sua guarda, com o intuito de dificultar a convivência com o outro genitor não guardião, havendo a figura da rejeição pelo pai/mãe alvo, a alienação parental se trata de uma situação que ocorre dentro das relações familiares, quando por alguma razão, os pais não conseguem mais ficar juntos e dessa forma, o pai, a mãe ou o responsável legal manipulam o menor para que haja o rompimento da relação afetiva com aquele genitor alvo da alienação. Sendo observada pelo distanciamento afetivo da criança em relação ao genitor alienado: representada pela sua desconfiança, sua animosidade, seu desejo de se afastar rapidamente (CEZAR-FERREIRA, p.69, 2016).

A lei da Alienação Parental possibilitou um grande avanço e permitiu ao judiciário vivenciar uma nova realidade sobre fatos que envolvem uma separação, trazendo um conjunto de possibilidades específicas de regramento e instrumentos que auxiliam o operador jurídico a inibir e punir o alienador parental. Além de trazer sua definição legal, faz importante diferenciação em relação a Síndrome da Alienação Parental (SAP), tida como o conjunto de sintomas que a criança pode vir ou não a apresentar, decorrente dos atos de alienação parental, com manipulações emocionais por parte do alienador, de maneira que o menor passe a sentir-se inseguro, ansioso, angustiado e até mesmo culpado pela separação dos pais, um distúrbio da infância que aparece quase que exclusivamente no contexto de disputas que envolvam a custódia de crianças (CEZAR-FERREIRA, p.69, 2016).

<sup>7</sup>Cauã de Oliveira, relata que no Brasil a Síndrome da Alienação Parental (SAP) passou a ter a atenção do poder judiciário a partir do ano de 2003, quando tiveram as primeiras decisões judiciais reconhecendo o fenômeno e, desde então a lei vem sendo estudada, com proposta de projetos como a Lei nº 4.488/2016, que visa a criminalização dos atos de alienação parental, alterando a Lei nº 12.318/2010 e tornando crime sua conduta e, o Projeto de Lei do Senado (PLS) que visa acrescentar o parágrafo único ao art. 699 do Código de Processo Civil, dando prioridade aos processos, de competência do juízo de família, envolvendo acusações de alienação parental, ressaltando a necessidade de sua priorização em qualquer instância.

Dentro desse contexto, a aprovação da Lei nº 13.058/2014, lei da Guarda Compartilhada, considerada uma forte ferramenta de prevenção e de combate a Alienação Parental, surge como um meio de amenizar os conflitos decorrentes da prática da alienação parental, ficando a pergunta: seria ela, por si só, um meio eficaz de combate a essa prática? Ou seria ela apta para, através de outras medidas alternativas, ser um meio capaz de visar a integral proteção do menor? Qual seria a relação do papel da guarda compartilhada com a mediação familiar e como se aplicaria essa mediação? Seria esta a ferramenta capaz de interligar a guarda compartilhada a outros instrumentos capazes de fomentar sua aplicabilidade? Por óbvio, essas são questões que merecem nosso cuidado e atenção e, assim sendo, importante se faz a análise do papel da mediação familiar como medida paliativa atuando junto à guarda compartilhada.

---

<sup>7</sup> Discente do curso de direito pelo Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves - UNIPTAN, em seu artigo publicado em outubro de 2020 pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, sobre "Alienação Parental: os desdobramentos da legislação brasileira e suas medidas para combatê-la", disserta a respeito das medidas a fim de amenizar os conflitos decorrentes da Alienação Parental.



### **3.2 Mediação familiar como medida alternativa na solução dos conflitos familiares: uma medida que impulsiona a guarda compartilhada**

Com a evolução e com as medidas significativas que ocorreram a respeito da estrutura familiar, mediar e conciliar passou a ser uma necessidade para combater os conflitos decorrentes das relações familiares. A mediação passa a ser um método de condução de conflitos, cujo objetivo é restabelecer a comunicação entre as pessoas que se encontram em um problema familiar, ajudando-as a chegar a um acordo. Visa o diálogo e a colaboração entre as pessoas envolvidas, de maneira que possa ajudá-las a comunicarem suas necessidades, esclarecendo seus interesses, estabelecendo limites e possibilidades para cada um (NAZARETH, p. 21-25, 2005).

Juliane Mayer Grigoletto<sup>8</sup>, define mediação familiar como um processo, por meio do qual pessoas em disputa por questões de divórcio, pensões alimentícias, guarda de filhos, guarda de bens ou qualquer outra questão que envolva família, são ajudadas no sentido de chegar a acordos ou estreitar as áreas de desentendimento entre elas, com ativa intervenção de terceira pessoa imparcial. Nela, as partes têm a possibilidade de dialogar e refletirem com o objetivo de gerar vias de superação de conflitos, é um processo voluntário e confidencial em que a responsabilidade pela construção das resoluções, sua autoria, está nas mãos das próprias partes. Segundo ela, para que o mediador possa desempenhar suas funções como administrador, negociador, facilitador do processo, deve ele ser neutro e manter o equilíbrio em suas intervenções, sem ser distante, crítico, ou mesmo, frio.

---

<sup>8</sup> Advogada, professora da UNIGUAÇU - Membro do IBDFAM-PR, disserta em seu artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) sobre "A mediação familiar como mecanismo de pacificação social", destacando o conceito de mediação familiar e a função do mediador.

O mediador exerce o papel de <sup>9</sup>profissional de confiança, preparado teoricamente para exercer suas funções, conhecedor de métodos e técnicas, aquele que trabalha com pessoas envolvidas em conflitos reais, e assim sendo, tal papel requer conhecimento técnico que verse sobre relacionamentos humanos, aspectos legais e financeiros, podendo ser ele um advogado, um psicólogo, um médico psiquiatra, etc., não assumindo o papel de sua profissão, mas utilizando-se de seu conhecimento técnico para a mediação.

Para tanto, deve o mediador ser escolhido pelas partes, pois precisa ser alguém em quem possam confiar, e essa pessoa deve considerar as necessidades de cada envolvido, fazendo uso de técnicas para que as partes participem das sessões e, conseqüentemente, haja uma redução da ansiedade e dos efeitos negativos do conflito, promovendo a maximização das alternativas para a solução dos problemas, é ele quem preparará os participantes para aceitarem as conseqüências de suas próprias decisões.

Eliana Riberti Nazareth<sup>10</sup>, concebe a mediação como uma transdisciplina, um produto do intercâmbio de práticas e de conhecimentos oriundos de várias disciplinas e ciências como a psicologia, a psicanálise, o direito, a teoria da comunicação, a teoria do conflito, etc., representando vantagens importantes em comparação com outras formas de condução de conflitos como a negociação e a arbitragem, propiciando a retomada da autodeterminação das pessoas com relação às próprias vidas. Para ela, o mediador seria o facilitador do processo de “retomada de um diálogo truncado”, não interferindo diretamente, mas ajudando as partes,

---

<sup>9</sup> Com essa nova modalidade de mediar, há a necessidade de se formar, tecnicamente, um mediador, não bastando apenas características pessoais, tendo como técnica mais utilizada a educação no trato com as partes, de forma que o estresse da situação possa ser diminuído e o diálogo entre o casal seja melhorado. Deve o mediador, manter um equilíbrio em suas intervenções, sem ser distante, ou mesmo frio.

<sup>10</sup> Psicanalista, terapeuta de família e de casal e mediadora, disserta em sua monografia sobre “Psicanálise e mediação - meios efetivos de ação”, disponibilizada pelo site “PaiLegal”, a respeito da mediação como uma transdisciplina e vantagem com outras formas de condução de conflitos.

no caso de processos judiciais ou pessoas que se encontram em situação de disputas, a encontrar elas mesmas, as saídas e alternativas que mais lhes convêm, utilizando-se de técnicas específicas para restabelecer as ligações que foram interrompidas pela má condução ou exacerbação de um conflito, um catalisador da comunicação.

Eliana vê na mediação familiar a probabilidade de as sentenças judiciais serem cumpridas, aumentando significativamente os acordos relativos a questões como alimentos, guarda e convivência com os filhos, advindo do trabalho das pessoas envolvidas, construídos por elas e não imposta por uma terceira pessoa de fora e estranha, o que possibilita economia de tempo e de recursos materiais, como também e principalmente, uma “redistribuição de recursos emocionais” mais adequada. A mediação representaria ainda, um instrumento valioso de prevenção a violência doméstica, depressão infantil e delinquência juvenil, comuns nos processos de litígios.

Dessa maneira, a mediação enriquecida pela psicanálise teria a oportunidade de restabelecer os lugares simbólicos de cada um dentro de uma família ou de uma organização, tornando claras as posições que cada um exerce para o desempenho de suas funções - um pai só é pai porque há uma mãe e um filho, o mesmo ocorre com a mãe e com o filho, devendo haver reconhecimento mútuo entre os componentes da família, independentemente de sua estrutura, de maneira que cada um possa desempenhar bem seu papel. Ainda, visaria enfatizar as peculiaridades e discriminar as diferenças entre, por exemplo, conjugalidade, paternidade e parentalidade, de acordo com cada caso em particular, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um. A mudança de paradigma promovida pela aplicação da Mediação, conduziria a que, o que antes era relacionado ao “direito de visitas”, no que tange a questão da guarda, seja

convertido em direito de convivência, implicando no aumento da qualidade da relação emocional entre pais e filhos.

Para Luis Alberto Warat<sup>11</sup>, a mediação é uma questão de amor, compreendido não em sua forma sentimental, mas sim na forma de solidariedade, cuidado com o outro; possibilidade de se criar e cooperar em comunidade; o amor pela alteridade, pelo outro, pelo distante. E desse modo, o mediador exerceria a função de psicoterapeuta do reencontro amoroso, não para aplicar técnicas que facilitem a mera obtenção de um acordo, mas para realizar, por meio de suas experiências e de seu ser mediado, uma mediação que permita às partes conhecerem e expressarem seus sentimentos, de forma a transformar a própria relação e desintegrar o conflito. Recusa-se a estipulação de um tempo determinado, uma vez que cada sujeito terá seu próprio tempo de autoconhecimento e, conseqüentemente, de produção da autonomia e emancipação.

Warat vê na mediação a ternura, o afeto, a solidariedade, o amor, o prazer, a disponibilidade para com o outro, nesse aspecto, rechaça valores e atitudes egoístas, e dessa maneira, o mediador deve intervir sobre os sentimentos das pessoas, de maneira a ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação. O mediador então, contribui para que o conflito seja enxergado e analisado de forma pedagógica, para que o espaço da mediação seja compreendido como um espaço de aprendizagem, não somente da questão a ser discutida, mas acerca dos próprios envolvidos, não bastando que o mediador possua habilidades e técnicas específicas, mais do que isso, é preciso dominar a difícil tarefa de

---

<sup>11</sup> Era doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires, na Argentina e pós-doutor pela Universidade de Brasília, no Brasil. Também foi professor do Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade de Brasília; professor titular de Filosofia do Direito, Introdução ao Direito, Lógica e Metodologia das Ciências na Universidade de Morón e na Universidade de Belgrano em Buenos Aires. Suas obras deixaram grande repercussão e diferentes análises, dentre eles cito um artigo publicado pela Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, em 2017, intitulado “a mediação e o amor na obra de Luis Alberto Warat”, por Leonel Severo Rocha e Roberta Magalhães Gubert, da qual utilizada para caracterizar a obra do referido autor; Entre idas e vindas: a mediação, o conflito e a psicanálise, por Rosamaria Giatti Carneiro, artigo publicado no XIV Encontro Nacional do CONPEDI - Manaus.

se integrar emocionalmente com os outros e saber conduzir um procedimento carregado de intensidades. Ainda, Warat diferencia a mediação transformadora, da mediação acordista, esta considera o conflito um problema, uma espécie de desajustamento social, exceção ou desordem social, e que, por essa razão, intenta a sua solução através de um acordo entre os interessados, enquanto aquela considera o desejo e as necessidades dos interessados e possibilita, com essa atitude, a integração e o diálogo entre os interessados, em vez do enfrentamento destrutivo de um para com o outro.

Dessa maneira, a mediação se apresenta não como forma para compor meramente um acordo, mas como transformação de si mesma, à medida que considera as necessidades de seus interessados, visando possibilitar o diálogo, ao invés do enfrentamento destrutivo, ajudando-os a sentir seus sentimentos; voltada para a construção de um espaço que fomenta a construção da autonomia e da emancipação dos sujeitos envolvidos na situação de conflito, que por meio do autoconhecimento possam transformar a relação, e não meramente alcançar um acordo ou uma solução embutida.

### **3.3 Operacionalização do instituto da mediação familiar e o acompanhamento terapêutico familiar**

Os conflitos familiares, em sua grande maioria, podem ser impedidos e resolvidos, por meio da mediação, quando levados à jurisdição do poder judiciário. A mediação como instrumento de pacificação social, é um caminho apresentado como alternativo e eficaz que pode trazer inúmeros benefícios aos indivíduos que a utilizam e à sociedade. Contudo, apesar de haver a presença da aplicação da política judiciária de tratamento adequado para conflitos no âmbito do Poder Judiciário, visando celeridade e efetividade na resolução de demandas, como é o caso da criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

(NUPEMECs), responsáveis pelo desenvolvimento da Política Pública nos Estados e pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) - um instrumento de gestão que visa desenvolver ações que estimulem a participação do cidadão no encaminhamento de suas demandas de maneira a atender os seus interesses satisfatoriamente; que dentre as metodologias autocompositivas aplicadas estão a conciliação, a mediação cível, a mediação familiar, círculos restaurativos, etc, é difícil quantificar em números as comarcas em que se faz presente a mediação familiar propriamente dita.

Em publicação realizada em 2018 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, <sup>12</sup>Roberto Arriada Lorea menciona que, conforme dados do TJ/RS e da Defensoria Pública do Estado, em 150 comarcas do Rio Grande do Sul não havia o serviço de mediação familiar e onde o mesmo existia, como é o caso de Porto Alegre, a capacidade de atendimento à época era inferior a 5% (cinco por cento) da demanda. Em pesquisa junto ao Conselho Nacional de Justiça (portal do CNJ), a fim de obter dados sobre a implementação da mediação familiar nas comarcas dos respectivos tribunais, verificado que apesar de contarmos com centros judiciários na solução de conflitos, como os CEJUSCs, é difícil quantificar em números as comarcas onde se fazem presentes a atuação e aplicação da mediação familiar, evidenciando que ainda falta impulsionamento por parte do poder público para que se efetive a participação de mediadores no âmbito familiar nas comarcas e de modo que haja esse reconhecimento perante os tribunais, com abrangência ampla, possibilitando acesso inclusive àquelas famílias carentes de assistência técnica especializada.

---

<sup>12</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, coordenador do GT Família do NEM, discorre no ebook intitulado Mediação em Movimento, publicado em 2018 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre Mediação Familiar na atual Política Judiciária.

Outro instituto que merece destaque e nossa atenção é a terapia familiar, ou em outras palavras acompanhamento terapêutico familiar, dividida em duas vertentes: terapia familiar sistêmica e terapia familiar psicanalítica. O campo da terapia familiar apresenta um panorama muito variado e complexo, não dispondo de um corpo teórico unificador ao qual se possa fazer referência, e a razão de se incluir toda a família no tratamento de problemas de ajustamento, se encontra no fato de que o que ocorre com um indivíduo que vive numa família não decorre apenas de condições internas a ele, como também de um intenso intercâmbio com o contexto mais amplo no qual está inserido, ele não apenas recebe o impacto desse ambiente como também atua sobre ele e o influencia. O que o liga ao instituto da guarda compartilhada, é justamente a relevância de se construir espaços que promovam o diálogo acerca das relações familiares na separação, a importância de oferecer aos pais um acompanhamento após o estabelecimento dos acordos, sendo esse um espaço voltado ao diálogo e enfrentamento das dificuldades que poderão surgir, buscando sempre o melhor interesse da criança e a promoção de saúde no contexto familiar.

Numa abordagem meramente qualificativa, o enfoque aqui se dá na perspectiva sistêmica de terapia estrutural, na qual há uma preocupação com o comportamento e a busca de modificá-lo. O objetivo é a mudança no sistema familiar, sobretudo pela reorganização da comunicação entre os membros da família, abandonando o passado como questão central e focando no mundo da comunicação no momento atual. Utiliza-se de prescrições nas sessões terapêuticas para mudar padrões de comunicação e prescrições, fora das sessões, com a preocupação de encorajar uma gama mais ampla de comportamentos comunicacionais no grupo familiar; concentra-se no problema presente, não sendo este considerado apenas como um sintoma, o comportamento sintomático é visto como uma

resposta necessária e apropriada ao comportamento comunicativo que o provocou; trabalha-se com a família real, presente, na busca de desvendar aspectos relacionais que estão emperrando uma comunicação efetiva e o desenvolvimento saudável de seus membros. Desse modo, o objetivo da terapia, valendo-se do modelo da estrutura familiar, seria restabelecer a possibilidade de negociação entre os membros da família quanto ao uso do poder e reorganizar as fronteiras entre os vários subsistemas, apontando para fronteiras inadequadamente rígidas, ou difusas, e trabalhando no sentido de torná-las mais adequadas.

O terapeuta se une à família, desempenhando o papel de líder, identifica e avalia a estrutura familiar, criando circunstâncias que permitam a transformação de sua estrutura, e a mudança se dá através das operações reestruturadoras, como a delimitação de fronteiras, a distribuição de tarefas, o escalonamento do *stress* e a utilização de sintomas (visto como um recurso para manter uma determinada estrutura). O acompanhante terapêutico surge como uma figura multidisciplinar que poderá favorecer a reconstrução do diálogo entre os familiares. Nesse sentido, sua relação com a mediação familiar e o instituto da guarda compartilhada, de modo a promover-lhe seu impulsionamento, se daria na medida em que, utilizando-se de sua técnica especializada de reconstrução de diálogo, seria um instrumento apto para proporcionar a negociação entre os membros da família, com vistas a reorganizar as fronteiras entre seus vários subsistemas (individual, parental, conjugal, fraternal, etc) e desvendar aspectos relacionais que estão emperrando uma comunicação efetiva e o desenvolvimento saudável de seus membros.

Contudo, por ser um trabalho ainda pouco explorado, poucos são os encaminhamentos de famílias para terapia. Ainda, há dificuldade para formação de profissionais na área pelo alto custo que sua formação exige, para aprofundamento e especialização, precisando o profissional psicólogo



arcar com enormes despesas, como por exemplo, com locomoção para o exterior, para assistir a cursos caríssimos, ministrados por especialistas estrangeiros, ou ainda, se fosse o caso, trazê-los para cá, arcando com grandes quantias. Como não bastasse, o atendimento acaba por se restringir à famílias de maior poder aquisitivo, por causa do seu elevado custo, uma vez que a duração da sessão é maior e há, na maioria das vezes, necessidade de trabalho de co-terapia, com isso a população como um todo acaba privada de um atendimento que lhe traria grandes benefícios.

### **Considerações Finais**

O significado de compartilhar pressupõe “tomar partido em”, “fazer parte de algo com alguém”, e dessa forma, a guarda compartilhada surgiria com o intuito de “compartir”, “dividir” as responsabilidades parentais de maneira uniforme entre ambos os genitores, e que ao mesmo tempo traga benefícios para a criança e/ou adolescente. Estabelecida sempre quando não há nenhum impedimento para que ela aconteça, por isso tida pelo ordenamento como regra, não devendo ser entendida como obrigação. Ainda, não deve ser confundida com a residência alternada, o que há é um lar de referência, residindo a criança com aquele genitor que tem maior disponibilidade de tempo.

Com a aprovação da Lei nº 13.058/2014, lei da Guarda Compartilhada, considerada uma forte ferramenta de prevenção e de combate a Alienação Parental, surge como um meio de amenizar os conflitos decorrentes da prática de alienação, contudo, evidencia-se que ela “por si mesma” não é suficiente para ser um método capaz de pôr fim a essa prática. Necessário que haja uma interdisciplinaridade, cooperação do Direito com outras áreas do conhecimento, tais como a sociologia, o serviço social, a psicologia, dentre outras, para fazer o intercâmbio e promover o contato desses profissionais como auxiliares da justiça em prol

do direito da criança à convivência familiar, obedecendo-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, e levando-se em consideração a afetividade familiar, a família baseada no afeto.

A mediação familiar acompanhada da concepção de acompanhamento terapêutico familiar, surgiriam como instrumentos úteis à aplicabilidade da guarda compartilhada, pois sua relevância se daria justamente no poder de se construir espaços que promovam o diálogo acerca das relações familiares na separação, possibilitando a abertura de um espaço voltado ao questionamento e enfrentamento das dificuldades que poderão surgir, buscando sempre o melhor interesse da criança e adolescente. Instrumentos estes, aptos para proporcionar a negociação entre os membros da família, com vistas a reorganizar as fronteiras entre seus vários subsistemas, sejam eles individuais, parentais ou conjugais, e desvendar aspectos relacionais que estão emperrando uma comunicação efetiva e o desenvolvimento saudável de seus membros.

Para tanto, além de haver a aplicabilidade de política judiciária que preveja tratamento adequado para conflitos no âmbito do Poder Judiciário, como é o caso da criação de NUPEMECs e CEJUSCs, necessário que haja impulsionamento por parte do poder público para que se efetive a participação de mediadores no âmbito familiar nas comarcas e de modo que seja reconhecido perante os tribunais, com abrangência ampla, possibilitando acesso inclusive àquelas famílias carentes de assistência técnica especializada. Além disso, no tocante à terapia familiar, também é necessário que haja por parte do poder público o devido impulsionamento de maneira que a formação de profissionais nessa área seja facilitada e sobretudo que possa ser bastante explorada, possibilitando o beneficiamento da população como um todo, e não somente à famílias de maior poder aquisitivo.

Assim, com o devido impulsionamento por parte do poder público será possível trazer meios que sejam eficazes e que tornem a lei (guarda compartilhada) a solução efetiva para conflitos decorrentes das relações familiares. É necessário que haja essa inter-relação entre o Direito e outras áreas do conhecimento para que se possa chegar a um resultado mais positivo e abrangente para todos.

### **Referências:**

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil: famílias**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 2017 recurso online ISBN: 9788570617699. Disponível em: <<https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/49249/epub/o>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: direito de família**. Caxias do Sul: Educus, 2015 recurso online ISBN: 9788570617699. Disponível em: <<https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/47895/epub/o>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4. Rio de Janeiro Forense 2012 1 recurso online ISBN 978-85-309-4413-1. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4413-1/cfi/94!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito civil : famílias**. 2. São Paulo Atlas 2012 1 recurso online ISBN 9788522489916. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522489916>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 9 ed. Rio de Janeiro Forense 2019 1 recurso online ISBN 9788530984670. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984670>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 7 ed. São Paulo Saraiva 2018 1 recurso online ISBN 9788553610389. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610389>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Guarda compartilhada**. 3. Rio de Janeiro Forense 2017 1 recurso online ISBN 9788530977306. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977306/cfi/6/24!/4@o:0>>. Acesso em: 20 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias/Maria Berenice Dias**, 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://www.udc.edu.br/libwww/udc/uploads/uploadsMateriais/27052019144452Manual%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%20-%20Maria%20Berenice%20Dias.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#art2044)>. Acesso em: 24 nov. 2020.

**Guarda Compartilhada foi consolidada no STJ antes de virar lei**, notícias STJ, 2017. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-06-04\\_08-00\\_Guarda-compartilhada-foi-consolidada-no-STJ-antes-de- virar-lei.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-06-04_08-00_Guarda-compartilhada-foi-consolidada-no-STJ-antes-de- virar-lei.aspx)>. Acesso em: 29 nov. 2020.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 3. Rio de Janeiro Forense 2020 1 recurso online ISBN 9788530990183. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990183/cfi/6/10!/4/2/4@o:0>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

KOSTULSKI, Camila Almeida. **Guarda compartilhada: os significados atribuídos por filhos adolescentes**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Maria, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Área de Concentração em Psicologia da Saúde, Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <[https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/12661/DIS\\_PPGPSICOLOGIA\\_2017\\_KOSTULSKI\\_CAMILA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/12661/DIS_PPGPSICOLOGIA_2017_KOSTULSKI_CAMILA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 07 dez. 2020.

STAUDT, Ana Cristina Pontello. **A experiência de compartilhar a guarda dos filhos: desafios, possibilidades e realidades**. Tese de Doutorado em Psicologia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em

Psicologia, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/202725/001106897.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

ROSA, Conrado Paulino. **A guarda compartilhada como forma de cogestão parental: avanços, desafios e contradições**. Tese de Doutorado em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11036/1/000487440-Texto%2bCompleto-o.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2020.

ARSÊNIO, Julieta. **Guarda compartilhada sob enfoque psicológico**. Folha de Londrina, Paraná, 16 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/opiniaoguarda-compartilhada-sob-enfoque-psicologico-1024482.html>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

OLIVEIRA, Morgana Valadares; GOULART, Maria Cristina Vianna. **Os laços familiares no processo da guarda compartilhada**. [artigo científico]. Disponível em: <<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0416.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SILVA, Daiana Zanatta Cardoso da. **Com quem devo ficar? Danos psicológicos da disputa de guarda em crianças**. [artigo científico]. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Com%20quem%20devo%20ficar%2023\\_1\\_2\\_2011.pdf](https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Com%20quem%20devo%20ficar%2023_1_2_2011.pdf)>. Acesso em: 24 nov. 2020.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Guarda compartilhada : uma visão psicojurídica**. Porto Alegre ArtMed 2016 1 recurso online ISBN 9788582713334. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582713334/cfi/6/30!/4/2/2@0:1.32>>. Acesso em: 20 set. 2020.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada : novos paradigmas do direito de família**. 2. São Paulo Saraiva 2015 1 recurso online ISBN 9788502637306. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637306>>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069**, 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 20 set. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, v. 5 : família e sucessões. 19. Rio de Janeiro Atlas 2019 1 recurso online ISBN 9788597019681. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019681>>. Acesso em: 08 out. 2020.

MARQUEZ, Luiz Guilherme; SANTOS, Marisa Machado Alves dos. **Alienação Parental: (uma visão jurídico-filosófico-psicológica)**. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br//revista emerj.online/edicoes/revista56//revista56\\_173pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br//revista%20emerj.online/edicoes/revista56//revista56_173pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2020.

SOUZA, Analícia Martins de; BRITO, Leila Maria Torraca de. **Síndrome de alienação parental: da teoria Norte-Americana à nova lei brasileira**. *Psicol. Cienc. prof.*, Brasília, V.31, n.2.2011. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98932011000200006>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

OLIVEIRA, Cauã Marcos Ramos de; LASMA, Erika Tayer. **Alienação parental: os desdobramentos da legislação brasileira e suas medidas para combatê-la**. [artigo científico]. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1584/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+os+desdobramentos+da+legisla%C3%A7%C3%A3o+brasileira+e+suas+medidas+para+combate-la>>. Acesso em: 26 jan. 2021.

NAZARETH, Eliana Riberti. Guia de Mediação Familiar – aspectos psicológicos. In: APASE (org). **Mediação Familiar**. Porto Alegre: Equilíbrio, p.11-25, 2005.

GRIGOLETO, Juliane Mayer. **A mediação familiar como mecanismo de pacificação social.** [artigo científico]. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/165.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2021.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Psicanálise e Mediação - meios efetivos de ação.** [monografia]. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/index.php/mediacao/mais-a-fundo/monografias/270-psicanalise-e-mediacao-meios-efetivos-de-acao>>. Acesso em: 07 março 2021.

ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. **A mediação e o amor na obra de Luis Alberto Warat.** [artigo científico]. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050dobf187009c.pdf>>. Acesso em: 11 abril 2021.

CARNEIRO, Rosamaria Giatti. **Entre idas e vindas: a mediação, o conflito e a psicanálise.** [artigo científico]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/023.pdf>>. Acesso em: 11 abril 2021.

LOREA, Roberto Arriada. **Mediação familiar na atual política judiciária.** [e-book] **Mediação em movimento.** Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <<https://tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/ebooks/E-Book-Serie-Mediacao-em-Movimento-Vol-1.pdf>>. Acesso em 21 março 2021.

ALVES, Amanda Pansard; ARPINI, Dorian Mônica; CÚNICO, Sabrina Daiana. **Guarda compartilhada: perspectivas e desafios diante da responsabilidade parental.** P@psic, Rio de Janeiro, vol.15, n.3. Nov. 2015. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-428120150003000008](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-428120150003000008)>. Acesso em: 25 abril 2021.

## **A (in) constitucionalidade da reforma trabalhista: o conflito entre a gratuidade da justiça e o pagamento do vencido**

*Beatriz Favini Duarte*<sup>1</sup>  
*Maira Angélica Dal Conte Tonial*<sup>2</sup>

### **Introdução**

O presente trabalho de conclusão de curso, compara a reforma trabalhista imposta pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017 e a Constituição Federal de 1988 em face dos direitos e garantias assegurados pelo texto Constitucional, tratados internacionais ratificados pelo Brasil, de modo a questionar o possível retrocesso ou avanço social na adoção da lei infraconstitucional.

Na Constituição Federal encontram-se os direitos, garantias e deveres dos cidadãos, assegurando proteção constitucional de que as leis infraconstitucionais não deveriam violar o que é estabelecido na Lei Maior. A gratuidade da justiça é garantia Constitucional que visa a democratização do acesso à Justiça, eliminando desigualdades e possibilitando que todos tenham acesso à seus direitos.

A importância desta pesquisa encontra-se na possibilidade de estudo e comparação do texto Constitucional e da Reforma Trabalhista, entendendo os princípios para a interpretação da Constituição em conjunto com princípios que são bases para leis posteriores e

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Endereço eletrônico: 162569@upf.br

<sup>2</sup> Advogada (OAB/RS 45621). Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos, Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho. Docente de Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Membro da ABA - Comissão Estadual de Direito do Trabalho, Endereço eletrônico: mairatonial@upf.br, <http://lattes.cnpq.br/0212344315200902>



infraconstitucionais. Diversas lutas para alcançar direitos trabalhistas dignos foram travadas, muitos anos se passaram e com eles conquistas foram obtidas, basta entender se com a nova lei trabalhista foi alcançado um avanço ou um retrocesso social e de direitos que já foram adquiridos.

O primeiro item trata dos princípios que podem ser usados na interpretações das leis trabalhistas, além da demonstração de como deveriam ser corretamente utilizados para a solução de conflitos na Justiça do Trabalho, analisados sob a perspectiva constitucional.

No segundo, aborda-se a possível inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista, a validade dos argumentos utilizados para a mesma, demonstrando sua validade ou invalidade perante doutrinadores e estudiosos.

A problemática trazida no trabalho em questão, o qual fundamenta-se em pesquisa jurisprudencial e doutrinaria, leva-se em conta o princípio da hipossuficiência e do acesso à justiça, ambos trazidos pelo texto constitucional em frente ao pagamento do vencido das custas sucumbenciais, demonstrando que o assunto em questão merece suma importância e um estudo aprofundado.

A metodologia empregada no presente trabalho foi o estudo aprofundado de doutrinas explicativas a respeito da importância da Constituição na criação de normas infraconstitucionais, além do estudo de artigos de estudiosos que analisaram as mudanças trazidas pela reforma trabalhista, sem mencionar o entendimento de princípios utilizados na interpretação de leis e nas relações laborais.

## **1. Princípio protetivo nas relações laborais**

A Constituição é a base de ordenamento de um País, regulamentando todas as relações que nele possam existir, sendo também a base de todas

as leis infraconstitucionais, ademais, criando uma hierarquia entre as normas, onde todas devem seguir a Constituição.

A Constituição não pode ser interpretada de maneira crua, como a lei mesmo diz, o que está escrito friamente, por ser flexível, a mesma deve ser maleável ao caso concreto, devendo ser aplicada de maneira que se adapte as necessidades dos cidadãos.

Sendo assim, necessita de princípios que servirão de fontes para a interpretação do texto constitucional, logo, devem ser usados em conjunto, lei e princípio, sempre se utilizando de todos os princípios do direito.

Se tratando de norma infraconstitucional, além dos direitos e garantias trazidos pela Constituição, vale ressaltar que a legislação trabalhista tem seus próprios princípios, alguns estes que servem de proteção para as relações de trabalho/emprego, sempre devendo prevalecer a igualdade e a dignidade humana, garantia essa trazida pelo texto constitucional, mas não deixando de ser importante quando se diz respeito às normas infraconstitucionais.

Como em qualquer relação jurídica, há um elo entre pessoas, criando um vínculo com direitos e deveres, no caso das relações laborais, há uma parte mais frágil no vínculo, na maioria das vezes, sendo necessária sua proteção nessas relações e na busca dos seus direitos.

O Direito do Trabalho conta com princípios específicos para a utilização nas relações laborais, esses devem ser usados em conjunto com os demais princípios do direito, ainda mais com princípios Constitucionais.

Verifica-se o grande avanço histórico na aquisição de direitos, desde a escravidão até o momento atual, constatamos a incansável busca por direitos e garantias nas relações de trabalho/emprego.

Além dos princípios base, que são usados geralmente na aplicabilidade do direito, como a boa-fé contratual, a proibição do abuso de direito, função social e respeito à dignidade humana, Nascimento

(2014), menciona outros princípios, de outros ramos do direito e que tem serventia nas relações laborais, entre eles: autonomia da vontade, *pacta sunt servanda*<sup>3</sup>, cláusula *rebus sic stantibus*<sup>4</sup>, princípio *exceptio non adimpleti contractus*<sup>5</sup>, direito adquirido.

Leite (2019) define o princípio da proteção como algo que consiste em compor uma igualdade jurídica entre o empregador e empregado, devido a superioridade econômica que é evidente na relação jurídica trazida, já Martinez (2019) afirma que o princípio da proteção existe para equilibrar relações, devendo o legislador interpretar conforme as variáveis.

Martinez (2019) esclarece que há certas relações jurídicas entre sujeitos em posição de igualdade, onde há equivalência, sendo assim, o Estado opera de maneira que não seja privilegiado nenhum dos contratantes, um levando vantagem do outro, não sendo possível a utilização desse cenário, quando uma das partes da relação tem evidente desigualdade, de oportunidade ou força, cabendo, nesta oportunidade, a criação pelo Estado de mecanismo que proteja o sujeito mais vulnerável, sob risco de consentir com a exploração.

Almeida (2015) traz o conceito histórico de trabalho, sendo que no início era considerado um castigo único do escravo, visto com desprezo e desonroso, mas com o passar dos anos foi admitida a existência de trabalhadores livres, sendo de total necessidade de sobrevivência colocando o trabalho como fator de evolução, dessa forma, o Estado, gradativamente, passou a intervir nas relações entre empregadores e empregados, dessa forma, o trabalho é reconhecido como principal fonte de riqueza.

---

<sup>3</sup> Força obrigatória dos contratos.

<sup>4</sup> Princípio da imprevisão dos contratos.

<sup>5</sup> Nenhum dos contratantes é obrigado a cumprir a sua obrigação se a outra parte não cumpriu a sua.

Leite (2019) divide o princípio da proteção em princípio *in dubio pro operário*, norma mais favorável e condição ou cláusula mais benéfica. Trata o princípio *in dubio pro operário* como um auxílio na interpretação da norma trabalhista em favor do empregado, neste caso, quando observada uma norma trabalhista que possa ser interpretada com mais de uma maneira, deve prevalecer a que mais favoreça o trabalhador. Ainda havendo divergências doutrinárias acerca deste princípio.

Ainda na concepção de Leite (2019) quanto ao princípio da aplicação da norma mais favorável, sempre que existir mais de uma norma em todo o ordenamento jurídico que fale a respeito sobre os direitos trabalhistas, sempre irá prevalecer a norma que favoreça o empregado, dando assim, uma reviravolta na Pirâmide de Kelsen, onde no direito trabalhista, no topo da pirâmide não irá ter a Constituição, mas sim, a norma que mais favorece o trabalhador, sendo de suma importância e até recepcionado esta concepção pelo art. 7º, caput, da Constituição Federal, observando que este princípio não será aplicado diante de norma proibitiva, de ordem pública e imposta pelo Estado.

Leite (2019) conceitua o princípio da condição (ou cláusula) mais benéfica, neste caso, se houver uma condição ou cláusula preexistente de norma jurídica anterior e suceder uma nova norma abordando o mesmo assunto, irá prevalecer a que foi criada antes, exceto se a norma posteriormente criada trouxer mais benefício ao trabalhador, já Martinez (2019) nomeia o princípio da condição ou cláusula mais benéfica também como inalterabilidade contratual *in pejus*, mas o conceito se mantém na mesma linha.

O trabalho deixou de ser um castigo e uma obrigação para ser a principal fonte de renda de cidadãos, sendo defendido pelos juristas por meio de princípios para a interpretação mais ampla e flexível da lei, não

havendo assim, qualquer discriminação quando aplicada ao caso em análise, sendo que em cada caso encontra-se certa particularidade.

Assim, o Direito Processual do Trabalho deve a sua existência a proteção de grupos, dessa maneira, sendo necessária a junção de princípios e regras, esses que devem andar sempre em conjunto, nunca só um ou só outro, para garantir a aplicabilidade de maneira correta e protetiva. A conexão de todo um ordenamento jurídico deriva da organização dos seus princípios, originando-se assim, princípios gerais e princípios especiais, seguindo uma coerência entre ambos (Leite 2019).

Martinez (2019) defende que o sistema jurídico não pode ser formado apenas por normas ou apenas por princípios, tendo que caminhar os dois em conjunto nas decisões aplicadas ao caso concreto, sendo que as regras limitam e os princípios servem como norteadores para interpretar a regra, posto isso, um depende do outro.

Leite (2019) traz a função normativa dos princípios constitucionais, que é atribuída ao legislador, aplicador do direito, originando-se de que os princípios devem ser aplicados de forma direta e indiretamente.

Havendo conflito entre as regras, observamos que será aplicada aquela de maior hierarquia, sendo a teoria das antinomias jurídicas, as mais novas ao invés das mais antigas, a mais benéfica e favorável ao trabalhadores, mas havendo conflito entre os princípios, desta forma, é resolvido com ponderação de valores e interesses, devendo ser ponderado os bens jurídicos em litígio (Martinez 2019).

Almeida (2015) expõe que os atos para a solução dos litígios trabalhistas seguem princípios rígidos, previstos em leis que compõe o direito processual. Ao mesmo tempo que o direito processual civil aplica as leis de maneira que garanta a inviolabilidade dos direitos individuais, o direito processual do trabalho destina-se a proteção de grupos ou coletividade.

Da mesma maneira que as diversas áreas do Direito contam com particularidades, o Processo do Trabalho não é diferente, sempre procurando resolver os litígios com base em soluções morais e igualitárias.

Em qualquer litígio, não só no Processo Trabalhista, vale ressaltar, que uma das partes sairá vencida, ou seja, sucumbente, deixando de adquirir um ou todos os pedidos que foram feitos, dessa maneira, como na área trabalhista uma das partes é mais frágil, na maioria dos casos o trabalhador, que vem agir, na sua quase generalidade sendo aconselhada por um advogado e não tendo sequer algum conhecimento de seus direitos e de leis, o Estado criou mecanismos para que o mesmo fosse protegido no caso de ser sucumbente.

Muitas doutrinas convergem a respeito do assunto, não se tendo um entendimento uno, alguns defendem que o trabalhador deve pagar os honorários se sucumbente e mesmo beneficiário da justiça gratuita e já outros doutrinadores defendem que a parte que deveria ser obrigada ao pagamento das custas seria a parte que deu causa ao processo, na maioria das vezes o empregador.

Munhoz (2018) conceitua a sucumbência, ou o ser sucumbente, como o ato de não ter seu pedido reconhecido na ação proposta, não alcançando a integralidade do que foi pedido, podendo ser acolhido parcialmente, ocorrendo, assim, a sucumbência parcial, ou tendo a sucumbência integral, no caso de não vencer a ação, podendo, em ambos os casos, recorrer da sentença. Entende-se que o que sucumbe é os pedidos e não os argumentos para atingir tais, sendo assim, se atingido a integralidade dos pedidos, o autor que vence a ação, desta maneira, não tem interesse em entrar com o recurso.

Munhoz (2018) alude a concepção da Consolidação das Leis Trabalhistas, tendo no seu princípio padrões totalmente diferentes da atualidade, onde não havia cabimento a criação da possibilidade de

honorários advocatícios pela sucumbência, mas, em 1950, com a Lei nº 1.060, citou-se a respeito dos honorários advocatícios, quando trouxe também, sobre a assistência judiciária gratuita. O artigo 11 da referida lei, trazia que além do beneficiário da justiça gratuita não arcar com os honorários do seu advogado, ainda, receberia os honorários advocatícios da parte contrária, caso vencedora, não desobrigando o beneficiário da gratuidade da justiça de indenizar a parte contrária no caso de sucumbência, algo que posteriormente a jurisprudência trabalhista analisou. Ainda na análise da referida lei, mesmo que seja beneficiário da gratuidade da justiça, com todos os pressupostos para tal, recuperando sua condição financeira, deverá pagar às custas do processo.

Após 20 anos, a Lei nº 1.060/50 passou a ser regulamentada pela Lei nº. 5.584/70, que menciona que a assistência judiciária gratuita, referida na lei anterior, seria prestada pelo Sindicato da categoria dos trabalhadores.

Dessa maneira, os sindicatos receberiam os honorários resultante das assistências, portanto, o trabalhador entraria com a ação na Justiça do Trabalho com advogado próprio ou reclamação verbal não sendo admissível a condenação ao pagamento das custas processuais no caso de sucumbir o pedido, sendo previsto os honorários sucumbenciais apenas no caso em favor do sindicato, quando o mesmo estivesse atuando na defesa dos beneficiários da justiça gratuita e até o limite de 15% (MUNHOZ 2018).

Sobreveio, em 1994, o Estatuto da OAB, o qual contrastava com toda a congruência de honorários advocatícios imposta até então, sendo que deveras a parte vencedora da ação deveria receber o bem jurídico pretendido e, além disso, a restituição das despesas do processo, incluindo os honorários advocatícios, devendo o reembolso ser para a parte e não

mais para o sindicato, e quanto aos honorários sucumbências, estes pertenceriam a pessoa do advogado (MUNHOZ 2018).

O não cumprimento da obrigação legal ou contratual influencia a parte credora a entrar em litígio para buscar seus direitos, sendo assim, a parte credora pode entrar com processo de perdas e danos para forçar o cumprimento da obrigação originária (MUNHOZ 2018).

Assim, pode-se ver que o Tribunal Superior do Trabalho, na Súmula n. 219, ainda entendia que o instituto deveria ser aplicado apenas aos litígios recorrentes da relação de emprego.<sup>6</sup>

Da Rocha e Marzineti (2017) enfatizam que nos casos de demandas oriundas de relação de emprego, compreende-se que apenas o empregador poderia vir a ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, não sendo passível do seu pagamento se dar por meio do empregado, considerando-se que violaria a igualdade e o acesso à justiça, dois direitos fundamentais trazidos pela Lei Maior.

Ainda traz, o Código de Processo Civil, art. 98, parágrafo 2º: “A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência”.

---

<sup>6</sup> HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) – Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016. I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (Art. 14, § 1º, da Lei n. 5.584/1970). (Ex-OJ n. 305da SBDI-1). II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.



Munhoz (2018) defende que a lógica da obrigação do pagamento dos honorários sucumbenciais, viola o princípio do tratamento processual isonômico, ferindo o sentido e o senso que apenas uma das partes teria direito a honorários apenas se o seu advogado fosse ofertado pelo sindicato.

Argumenta-se que o trabalhador que vai ao litígio para buscar mais do que tem direito, deve ser aplicado o mesmo mecanismo, devendo ser o mesmo, condenado ao pagamento das despesas processuais que ocasionar o litígio e ainda, o pagamento dos honorários advocatícios ao advogado da parte contrária, alteração trazida pela Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467/17, no artigo 791-A.<sup>7</sup>

No que se refere a sucumbência recíproca, outra novidade trazida pela reforma, a qual não era adotada pelo Processo do Trabalho, mas que posteriormente foi aceita pelo Tribunal Superior do Trabalho, sendo apenas reconhecida em litígios que abrangem as relações de trabalho, excluindo as relações de emprego, sedo que o argumento apresentado para o não cabimento desse tipo de sucumbência era a manutenção do jus postulandi, sendo esse a possibilidade de postular uma ação sem o auxílio

---

<sup>7</sup> Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

de um advogado. Contudo, a maioria das ações propostas na Justiça do Trabalho são propostas por advogados, enfraquecendo a premissa do não cabimento da sucumbência recíproca, defendendo a imperícia do autor quanto as normas necessárias (ZIMMERMANN et al., 2017).

Da Rocha e Marzinetti (2017) apresentam que na maioria das ações propostas na Justiça do Trabalho advêm de descumprimento da norma trabalhista por parte do empregador, memorando o princípio da causalidade, sendo assim, o empregador como sendo quem deu causa a ação, deveria arcar com os riscos do litígio, bem como com as custas.

Da Rocha e Marzinetti (2017) destacam a ímpia chance do empregado, mesmo sendo beneficiário da gratuidade da justiça, ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais na hipótese de que um dos seus pedidos ou todos sejam julgados improcedente e na hipótese desse empregado não ter condições financeiras para arcar com tal despesa, possa vir a ser examinada sua condição financeira pelo período de dois anos através do empregador e na ocorrência da mudança de sua situação poderá o empregador exigir o cumprimento da obrigação do pagamento.

Ainda, quando se trata de beneficiário da justiça gratuita, este, apenas estará desobrigado ao pagamento do seu próprio advogado, o qual será ofertado pelo sindicato ou por outros serviços de assistência gratuita que são fornecidos pelo Estado, como a Defensoria Pública, mas quanto as custas processuais e as custas de honorários advocatícios ao advogado da parte contrária, prevalece a obrigação, mesmo em caso de sucumbência recíproca, mas ficando isento o beneficiário que não tem condições financeiras para arcar com as despesas, mas caso essa condição financeira se altere no prazo de dois anos depois do trânsito em julgado da decisão (§4º), deverá realizar o cumprimento da obrigação. Tratando-se de sucumbência ínfima, a parte fica desobrigada ao pagamento dos

honorários advocatícios (artigo 86, §Ú, CPC), sendo o oposto no caso da sucumbência parcial ou total (MUNHOZ 2018).

Levando-se em conta que deveria ser declarada a inconstitucionalidade do artigo 791-A, pois viola notoriamente o direito de acesso à justiça e o princípio da igualdade, pois impõe pavor no empregado em mobilizar a justiça na busca de seus direitos, sendo assim, deixará de demandar devido a possibilidade de ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, correndo o risco de além de realizar o pagamento do seu advogado para a demanda, sair devendo ao questionar juridicamente seus direitos, visto que a situação jurídica das partes são totalmente diferentes. Posto isto, igualando as partes ocasionando com que os empregados sejam condenados na mesma hipótese que os empregadores, é ilógico, tendo em vista que o empregado é a parte hipossuficiente da relação de emprego (DA ROCHA; MARZINETTI, 2017).

Não há como justificar a inconstitucionalidade da sucumbência, visto a carência de normas constitucionais que impossibilitem a responsabilidade da parte que não cumpre com as suas obrigações o que obriga a outra parte a entrar em juízo, além de que necessitaria de uma intensa interpretação de princípios para argumentar a tese de inconstitucionalidade, o que por fim, resultaria em um rompimento de todo o instituto jurídico, em todas as áreas, pois abordaria a desigualdade social não só na esfera da Justiça do Trabalho (MUNHOZ 2018).

A respeito da constitucionalidade da sucumbência na Justiça do Trabalho, os Magistrados do Trabalho de Santa Catarina, entenderam, em 2017:

Enunciado n. 35: INSTITUIÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELA MERA SUCUMBÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a

disposição do artigo 791-A, § 4º da CLT (nova redação) que prevê a cobrança de honorários advocatícios em demandas trabalhistas pela mera sucumbência.

Na eventualidade do pedido depender de perito, nos casos que necessitar de conhecimentos específicos, sendo o caso da insalubridade, o autor da demanda não tem como prever o valor ou conteúdo, antes de realizar a perícia, dessa forma, o reconhecimento do direito não permite a condenação por eventual sucumbência parcial, mesmo que o valor ou conteúdo seja inferior ao requestado. Por conseguinte, nas oportunidades que o discernimento do caso em análise se fixar, o juiz tolerará a aplicabilidade da sucumbência recíproca, tendo o pedido dificuldade em ser quantificado antecipadamente. No caso de a sucumbência ser integral em relação ao pedido, a regra da sucumbência será aplicada (MUNHOZ 2018).

Uma vez que se cogita propor uma ação, os custos da mesma são constantemente considerados, inexistindo obrigação sucumbencial para a parte que causou o litígio, inexistindo norma processual que autorize a condenação da obrigação sucumbencial no instante que a ação for proposta, levando o entendimento de que a definição da sucumbência se dá na sentença, pois esta condena e julga, além de reconhecer os pedidos, mas mesmo que a sentença condene, não decorre daí a sucumbência, sendo que a mesma está visceralmente ligada à proponente da ação (DA ROCHA; MARZINETTI, 2017).

Quanto à possibilidade de o julgador arbitrar em relação aos honorários, pode-se fazer uso dos percentuais previstos no caput do artigo 791-A, mas não impossibilitam que o magistrado delibere de maneira diferente, fazendo com que seja justo observando o caso concreto (MUNHOZ 2018).

Zimmermann et al. (2017) reconhece que a reforma trabalhista trouxe uma diferenciação entre os advogados que atuam na área e aqueles de área diversa, sendo que impõe percentuais de honorários mais baixos que os previstos no Código de Processo Civil, tratando com diferenciação os mesmos e até com certo tipo de hostilidade quanto aos atuantes na área trabalhista.

Entende-se que sem a sucumbência do vencido, permite o uso descontrolado do Poder Judiciário, incentivando o excesso processual, tolerando que o autor entrasse na justiça com diversos pedidos e apostasse na sorte de que um fosse dado procedente (MUNHOZ 2018).

Da mesma maneira, Zimmermann et al. (2017), assente que o instituto da sucumbência na Justiça do Trabalho tem como objetivo a redução de processos trabalhistas, sendo que o reclamante passa a ter insegurança em relação a propor uma ação pelo risco de ter que arcar com as despesas processuais mesmo sendo beneficiário da justiça gratuita, ainda mais, por meio dos créditos que pode vir a ser alcançados pela própria ação.

Da Rocha e Marzinetti (2017) anuem que fazer com que o empregado/reclamante possa vir a ter que arcar com o pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais é fazer com que não questione seus direitos trabalhistas pela via judicial, sendo ele parte hipossuficiente nessa relação, pois nem mesmo seu salário permite o pagamento de seu advogado, tampouco o pagamento de advogado da parte contrária, caso seu pedido seja infundado. Dessa maneira, causa receio ao empregado, que caso seja improcedente seu pedido, terá que arcar, não apenas com o pagamento do seu advogado, mas também com o pagamento das custas do advogado contrário, fazendo com que o empregado deixe de postular sobre seus direitos na Justiça do Trabalho.

Zimmermann et al. (2017) defende que a sucumbência recíproca só pode apurar se resguardar a gratuidade da justiça, reconhecendo ser inconstitucional o desconto dos créditos alimentares, do mesmo ou de outros processos para subsidiar as despesas que decorrerem do processo judicial.

Da Rocha e Marzineti (2017) concluem que com a inclusão do artigo 791-A, os honorários advocatícios sucumbenciais passam a ter origem na simples sucumbência e não mais nas hipóteses já previstas em jurisprudências, trazendo muitas mudanças, todas trazendo prejuízos ao empregado ao litigar seus direitos judicialmente.

A imposição do pagamento de custas a parte sucumbente ameaça o trabalhador em buscar seus direitos diante da Justiça Trabalhista, dessa forma, na maioria das vezes, o trabalhador pobre, insuficiente, que depende do seu salário mensal para manter suas custas cotidianas, sua sobrevivência e na maior parte das vezes a sobrevivência de sua família, injustiçado pelo empregador, que pode ter deixado de pagar alguma verba trabalhista e na sua inocência e desconhecimento ter assinado documento que comprove o contrário a pedido do seu chefe, deixa de ganhar, além do seu salário mensal por conta da interrupção contratual, alguma outra verba que é seu direito.

O trabalhador por medo de ter que arcar com custas de que não tem condições, deixa de buscar seus direitos judicialmente, fazendo assim, com que o empregador continue ludibriando outros trabalhadores, por não se sentir ameaçado judicialmente na busca dos direitos que ele está apoderando-se.

## **2. A (in) constitucionalidade da reforma trabalhista**

A suposta inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista trata-se de um debate desde a proposição do projeto, sendo inúmeras vezes apontados

diversos dispositivos que mereceriam atenção antes mesmo de julgar a possibilidade de virar norma, mas que com o trâmite acelerado e empurrado de maneira urgente, deixou-se de ser levados em conta e discutidos abertamente.

O trabalho move o mundo, a economia e é fonte de renda para pessoas de diversas classes, o ser humano é dependente do trabalho como fonte de subsistência, com a reforma, abre-se um confronto direto entre os direitos fundamentais adquiridos ao longo de tantos anos de lutas e os direitos que serviriam de benefício para empregadores, que de maneira mais fácil, exploraria, novamente, os trabalhadores.

É de entendimento que a reforma foi imposta de maneira atropelada, passando por cima de diversas etapas que, por ser de suma importância, deveriam ter sido cumpridas, além de ser questionado um grave retrocesso em longos anos de luta por direitos trabalhistas, desde a escravidão até o momento atual, sem deixar de mencionar a infringência da Lei Maior, dos direitos fundamentais e direitos conquistados por meio de tratados que foram ratificados pelo Brasil.

A reforma baseia-se na urgência, na modernização e flexibilização, explorando uma ideia brilhante de aumento de vagas de emprego, aumento de competitividade entre as empresas, mas escondendo alguns segredos obscuros que passam despercebidos quando ouve-se a ilustre ideia ante exposta.

Sem deixar de contar que a reforma foi aprovada por baixo dos panos, sem ter dado a devida atenção, que por suposto irá deixar faltar, passando por cima de diversas regras de trâmites que deveriam ter sido cumpridas e por inúmeras discussões sobre pontos negativos que posteriormente doutrinadores apontaram.

A Reforma Trabalhista, segundo Souto Maior (2017), foi defendida com a ideia de urgência, dando a percepção de que os problemas no Brasil

procedem a Justiça do Trabalho, proferindo sentenças incoerentes e garante a proteção do trabalhador, alegando que a reforma seria pretexto para a modernização da legislação, a diminuição dos custos consideráveis do trabalho, o trabalhador deixaria de ser tratado como um coitado e combateria a insegurança jurídica, atentando que a reforma seria de grande necessidade para o aumento da competitividade entre as empresas, acabaria com o desemprego e favoreceria as pequenas e médias empresas.

Ainda se menciona a flexibilização e geração de empregos, além de se bater na tecla inúmeras vezes da modernização, mas não deixa-se de mencionar três palavras que não servem como sinônimo da reforma: flexibilidade, agilidade e modernidade (ZIMMERMANN et al., 2017).

Zimmermann et al. (2017) esclarece a maneira de aprovação da Reforma Trabalhista, essa que se deu de maneira precipitada, nos prazos e ritos, sendo aprovada numa ideia de manobra para enfrentar dificuldades, inverdades e conclusões impulsivas, sem contar que a aprovação e sansão da reforma serão apontadas como um retrocesso sem critérios, sem deixar de mencionar que a tentativa de sancionar um assunto conservador já havia sido pretendida e refutada em outros momentos.

Souto Maior (2017) de antemão já demonstra a divergência em relação ao argumento da modernização, sobre a insistência em dizer que a Consolidação das Leis Trabalhistas antes da reforma era antiquada, com artigos desatualizados, o que deixa de ser verdade ao ponto de que as relações de trabalho tiveram início muito antes de 1943 e com elas, as normas foram sendo adaptadas, após muitas discussões sobre mudanças e anos foram necessários para se fazer a dita reforma.

Souto Maior (2017) salienta que as relações de trabalho no Brasil são na verdade regulamentadas pela Constituição de 1988, sendo que as normas infraconstitucionais não podem contrapor a mesma, essa ainda,



trazendo os direitos trabalhistas relacionados em seu texto, sendo assim, a lei anterior, infraconstitucional, segue dois caminhos, ou foi recepcionada pela Constituição e tem valor, ou não foi recepcionada e deixou de ter valor jurídico, dessa maneira, a Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 já não existiriam há muito tempo no mundo jurídico, sendo esse argumento de modernização totalmente inviável.

Não menos importante salientar que os defensores da reforma desfrutam do feito em conduzir para a norma artigos que violam o texto Constitucional e desprezam tratados internacionais, além de investirem contra a racionalidade. O projeto de reforma, o mesmo projeto que desmembra os direitos sociais conquistados até o momento, progrediu mesmo contra as conclusões de doutrinadores e de estudiosos, nacionais e internacionais, a reforma que viola os objetivos fundamentais trazidos pela Constituição espelhados no intuito da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, propícia para a aniquilação do desemprego, pobreza e das desigualdades (ZIMMERMANN et al., 2017).

Beltramelli Neto (2017) cita os entusiasmados debates a respeito da reforma, alguns, na sua maioria, até mesmo violentos, desrespeitando a ampla discussão que o tema mereceria, que deveriam ser feito por toda a sociedade, mas que na realidade aconteceu sem sequer os que seriam atingidos pela reforma tivessem conhecimento do que o Projeto de Lei propusera e do que atualmente, é lei

Quanto a tentativa de melhorar a competitividade entre as empresas mediante a redução do custo do trabalho é um argumento totalmente trapaceiro, levando em conta que esta mentira já foi desvendada historicamente e que os custos básicos do trabalho, mínimos e fixados por lei importam a todas as empresas, sem distinção, sendo assim, a redução desses custos representa uma redução de maneira igual para todas, não podendo assim, ainda se falar em vantagem concorrencial fazendo uso

dessa medida, visto que o custo do trabalho no Brasil já está entre os mais baixos do planeta ( SOUTO MAIOR, 2017).

Não se pode falar que a redução de custo é um fator para a geração de empregos, sendo assim, Souto Maior (2017) se manifesta:

E nem se sustente que um custo menor gera mais empregos, pois, em 2016, o custo da hora trabalhada no Brasil, no setor industrial, chegou a U\$ 2,90 por hora, enquanto que, na China, esse custo era de U\$ 3,60 por hora, no mesmo período. Ocorre que o custo menor não ajudou a criar emprego no Brasil, pois a economia apresentou uma queda de 3,6% do PIB, enquanto o crescimento da China foi de 6,7% no ano, isto porque, na perspectiva meramente econômica, variáveis outras variáveis devem ser consideradas, tais como a política macroeconômica, o desenvolvimento tecnológico, o câmbio, a infra estruturação, a qualificação da força de trabalho, etc (pag. 24).

Sendo equivocada a ideia de que a legislação trata o trabalhador como um coitado, considerando que a principal característica da mesma é reprimir, e na maioria das vezes atinge os trabalhadores. A legislação do trabalho tem como obrigação a proteção do modelo capitalista de produção, pois para um sistema funcional é necessário trabalhadores que comercialize o seu trabalho e para isso há a necessidade que os trabalhadores sejam atraídos para o mercado de trabalho, gerando uma relação jurídica, onde o trabalhador venda o seu trabalho e seja compensando pelo mesmo (SOUTO MAIOR, 2017).

Souto Maior (2017) menciona que o que acontece em países do capitalismo central é o surgimento de uma legislação trabalhista para solucionar uma intensa tensão social resultante das péssimas condições de trabalho que os trabalhadores eram submetidos, o que provocava um enorme número de acidentes de trabalho, a dependência dos trabalhadores a esse estado precário, não quer dizer que era insensato, mas que buscava a sua sobrevivência. Dessa maneira se mostra, que

mesmo os trabalhadores sendo livres para venderem seu trabalho pela compensação que achar justo, em caso de necessidade, sempre haverá quem se submeta a trabalhar mais recebendo uma compensação inferior. Numa concorrência de empresas, essas também se verão instigadas a contratar os que aceitem receber salários menores.

Sendo de grande importância mencionar que o trabalho humano não é mercadoria, assim, deixa-se de falar em custo do trabalho, pois é desarrazoado considerar que o aumento de sofrimento possa ser chamado como um mal necessário para salvar a competitividade das empresas, sendo que como resultado é a destruição de todas elas (SOUTO MAIOR, 2017).

No caso do Brasil, esse propósito não vingou, por motivo de a classe dominante não querer abrir mão de uma mísera parcela do poder que exerciam sobre os trabalhadores, sendo assim, ressalta-se que a legislação trabalhista no Brasil sempre foi claramente desrespeitada pela classe dos empregadores, que nunca abriram mão da coercibilidade da lei e dos mecanismos do Estado para encobrir as lutas dos trabalhadores por seus direitos, decorrente assim, o grande número de reclamações trabalhistas na Justiça do Trabalho, sendo que em maior parte para reaver verbas rescisórias não pagas e incontroversas ( SOUTO MAIOR, 2017).

Souto Maior (2017) faz alusão que dentro do contexto de que os acordos judiciais providenciados pela Justiça do Trabalho em relação a empresas que violam a legislação tornando ilícita economicamente essa prática, fazem com que os empregadores julguem que têm o direito de descumprir e que a decisão do juiz da Justiça do trabalho que determine o cumprimento da lei configura abuso de autoridade.

Dessa maneira, menciona-se o grande engano, por base histórica, em dizer que os trabalhadores são protegidos pela legislação e pela Justiça do Trabalho, fazendo uso desse argumento para que o trabalhador seja

tratado como sujeito maior e capaz, sendo livre para escolher como regulamentar a sua relação com o empregador, ainda mais quando representado por seu sindicato, mas não se renúncia dos mecanismos do Estado para preservar o controle e poder sobre os trabalhadores (SOUTO MAIOR, 2017).

Souto Maior (2017) aponta que a insegurança jurídica, dada como um dos argumentos para a Reforma Trabalhista, familiariza-se com os trabalhadores, pois os empregadores detêm o que é chamado de autotutela, visto que quem determina as obrigações e estipula o modo de prestação dos serviços é o empregador, ainda mais que na grande maioria de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho o autor é o trabalhador, sendo que, na quase totalidade não são ações de má-fé ou abusivas.

O argumento de aumento da segurança jurídica pode ser apontado como desconhecimento do mundo do direito e do funcionamento do sistema de justiça, aumentando a insegurança jurídica de maneira que coloca uma ameaça iminente na uniformização da jurisprudência (ZIMMERMANN et al., 2017).

Vale destacar que o descumprimento das leis trabalhistas são adotadas por algumas empresas como estratégia de gestão, por não haver a reincidência na Justiça do Trabalho, essas empresas não são punidas por praticar o descumprimento da lei reiteradas vezes, além de contar com acordos para resolver o conflito. Deve-se considerar que não é o juiz que cria o conflito, sendo meramente quem o julga e aplica a lei ao caso em análise, sendo inconveniente a acusação da Justiça do Trabalho em garantir direitos imerecidos aos trabalhadores (SOUTO MAIOR, 2017).

Devendo ser citado que a complexidade da legislação trabalhista se dá não ao aumento de direito que os trabalhadores vêm alcançando, pelo contrário, se dá como resultado das exigências dos empregadores para fugir das obrigações trabalhistas. Dessa maneira, os trabalhadores se veem

submissos ao empregador pela ameaça de desemprego e pela aplicação da norma de maneira flexível, assumindo uma ideia de que o trabalhador seria descartado (SOUTO MAIOR, 2017).

Dessa maneira, Souto Maior (2017) conclui que os argumentos que contribuem para a reforma são ilusórios, visto que nenhuma das propostas que acompanham a reforma são capazes de gerar empregos, estimular a economia e instigar o empreendimento de pequenas e médias empresas, não sendo, de nenhuma maneira, útil para a economia ou para as pequenas e médias empresas. A reforma e o banimento de direitos que acolhem os interesses de grandes empresas corrobora com a ideia de exploração e predação, mesmo depois de anos de sofrimento impostos à classe trabalhadora e desconsiderando que o que enriquece o país são os trabalhadores.

Por muitos motivos e razões se desmente os argumentos apresentados para a aceitação da reforma trabalhista, quando obviamente é criado mecanismos para a retirada de proteções, aumentam notoriamente a informalidade nas relações laborais e diminuem drasticamente o poder de negociação coletiva (ZIMMERMANN et al., 2017).

Os defensores da reforma se utilizaram de um momento crítico para apresentar uma ideia linda, que seria aceita pela sociedade que estava passando por uma crise, pois a ideia de aumento de empregos, uma modernização e flexibilização da lei agradaria a todos os gostos, mas esconderam o fato de que a reforma bateria de frente com direitos fundamentais e conquistas que tanto haviam sido almejadas.

A reforma espelha um grande retrocesso social na proteção do trabalhador, que sempre foi a parte mais frágil da relação laboral, impondo diversos deveres que vão contra tudo aquilo que foi conquistado no campo

do Direito do Trabalho, sendo assim, não pode-se falar em avanço social com a reforma trabalhista, pois o retrocesso é mais evidente.

Voltamos a uma fase onde o trabalho é tratado como mercadoria e que a de menor valor é adquirida, sendo assim, não tendo valor e crescimento moral, remetendo-se uma lembrança ao mercado de escravos, onde os trabalhadores eram comprados independentemente de serem qualificados, profissionalizados ou excelentes no que faziam.

Beltramelli Neto (2017) cita o grande retrocesso social na proteção jurídica da vida e saúde da gestante, do nascituro e da lactante, conforme o que dispõe a nova lei, além de que a reforma propôs mudanças intensas nos limites estabelecidos da duração de trabalho, até mesmo perigosas para a preservação da saúde e segurança no trabalho.

Souto Maior (2017) aponta a pretensão em tornar as ilegalidades na área trabalhistas atos justificáveis e necessários, possibilitando a consideração daqueles que obriguem o cumprimento da lei como incorretos, até mesmo a menção em defesa da reforma de que a sociedade não deveria ter vencido a escravidão ou até mesmo, conquistado direitos aos trabalhadores. Além do mais, cita a defesa de que os trabalhadores seriam os culpados pela crise econômica brasileira e dessa maneira impõe-se uma reforma que elevaria o sofrimento da classe trabalhadora.

Destaca-se que o legislador ignorou que a proposta de reforma, ainda na fase de deliberação, contava com diversos dispositivos necessitando de mudanças ou correções, sendo assim, a reforma tornou-se uma prova de que o Brasil, ainda preso pela escravidão e colonialismo, ainda é comandado por poderosos que se veem satisfeitos em ofender os direitos fundamentais, mesmo trazidos pela Constituição, que deveria ser a base do Brasil (ZIMMERMANN et al., 2017).

Ainda referindo-se ao avanço ou retrocesso, Zimmermann et al. (2017) indica que essa solução que seria trazida pela reforma não é de

interesse dos trabalhadores, médios e pequenos empresários e nem de grande parte do Brasil, mas uma solução que prejudica o país trazendo benefícios à uma pequena parcela de favorecidos, dando grande ênfase a desigualdade, em resumo, traz a possibilidade de exploração do trabalho humano.

A reforma foi imposta idealizando uma desigualdade no mercado de trabalho, tanto entre empregadores como entre empregados, mas só a fez aumentar, ainda mais, servindo como ameaça tanto na busca na justiça por direitos como nas relações laborais, onde enfatiza-se a ideia de poder que o empregador tem contra o empregado.

Como muitas vezes apontado, a possível inconstitucionalidade da reforma trabalhista fica cada vez mais clara a medida que o estudo sobre o tema é aprofundado, além de diversas ações para declarar a sua inconstitucionalidade que já foram propostas.

Se faz pensar em como é possível que uma lei de suma importância tenha conseguido atingir a validade confrontando diretamente com o texto constitucional e passando por cima de direitos e garantias que todos os cidadãos deveriam ter assegurados de que não seriam atingidos de maneira nenhuma.

Zimmermann et al. (2017) aponta o descuido na pressa na aprovação da reforma trabalhista, motivo pelo qual passou-se por cima da averiguação cautelosa que deveria ter sido feita para prevenir inconstitucionalidades, resultando na proteção do empregador, contendo diversas inconstitucionalidades e violações a direitos adquiridos por tratados internacionais.

Deve ser mencionado que a reforma trabalhista recai na inconstitucionalidade, excluindo muitos direitos e bens extrapatrimoniais, apontadas inúmeras vezes essas hipóteses (BRASIL, 2018)

Há de ser registrado que a reforma trabalhista retira a natureza trabalhista da relação entre empregado e empregador, transformando-a em um contrato de natureza civil, ainda mais, retira a formalidade das relações laborais, tendo em vista a possibilidade de negociações individuais extrajudiciais entre empregador e empregado sobre os créditos devidos, o que faz, com isso, que aumente a sonegação fiscal (ZIMMERMANN et al., 2017).

Aponta-se também a questão dos sindicatos que é afastado das escolhas e organização das comissões da empresa, sendo incontestavelmente inconstitucional, tendo ainda posicionamento já declarado do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, deixando assim claro que o sindicato, com a reforma trabalhista passa a ser um boneco (ZIMMERMANN et al., 2017).

Zimmermann et al. (2017) estabelece que as mudanças trazidas pela reforma confrontam diretamente e de maneira incontestável com um dos dispositivos mais fundamentais da Constituição: “todos são iguais perante a lei”, dando evidentemente um tratamento diferenciado para pessoas que estão na mesma condição de fato e de direito.

Martinez (2019) cita as numerosas ações declaratórias de constitucionalidades que foram propostas em face da reforma trabalhista, algumas já julgadas resultando em artigos inconstitucionais.

Zimmermann et al. (2017) esclarece que os normas implantadas pela reforma trabalhista são repletos de falhas, contradições e erros, contendo, além disso, inúmeras inconstitucionalidades.

Faz pensar-se se a reforma trabalhista não mereceria uma nova “reforma” para que assim, conseguisse caminhar em conjunto com a norma Constitucional e com as conquistas já alcançadas, o que no presente momento se vê longe de acontecer, devendo assim, os trabalhadores



ficarem submetidos a normas que claramente rompem seus direitos e suas garantias constitucionais.

### **Conclusão**

A Constituição deveria ser a Lei Maior de um Estado, a qual as demais leis infraconstitucionais deveriam se espelhar e seguir tudo que é defendido pela mesma, ao contrário do que pode-se concluir com a implantação da Reforma Trabalhista.

Se vê na Constituição a base do funcionamento de toda uma sociedade, sem ela, pode-se dizer que não haveriam regras, nem deveres, nem direitos e muito menos ordem. Após o Brasil ter passado por diversas constituições, vê-se um grande avanço, histórico, na parte de direitos e garantias constitucionais, sendo de suma importância que as mesmas fossem respeitadas pelas leis posteriores.

Nessa linha, pensamos no Acesso à Justiça como uma das principais garantias impostas pela Constituição e mencionamos ainda a sua grande importância, por que por base disso, cidadãos podem buscar seu direito que foi violado de maneira facilitada, fazendo com que a Justiça não seja mais vista como inalcançável e apenas exigível por pessoas com poder aquisitivo de grande porte.

Outro ponto é a Gratuidade da Justiça, o que bate de frente com o princípio ante exposto, na leitura literal o cidadão que busca por seu direito violado exercendo o seu Acesso à Justiça por meio do Poder Judiciário, teria, em tese, gratuidade de custas, se concedido pelo juiz.

O Brasil teve como marco muitos anos de escravidão, marcados por lutas incansáveis pela sua abolição, não lutas vindas do lado dos empregadores, pois estes estavam confortáveis com a situação, não sendo justo que os cidadãos voltassem a ser mercadorias em pleno século 21.

Nessa linha de raciocínio pode-se ver que o acesso à justiça é frequentemente ameaçado pela reforma trabalhista, o que causa uma grande insegurança jurídica em postular na busca de seus direitos com o risco de ter que arcar com um valor que não se tem, para proteger o que ainda resta de direitos.

A reforma trouxe consigo uma maneira diferente no tratamento das relações laborais, podendo-se dizer até que passa a tratar o contrato de trabalho como um contrato civil, mesmo contrato utilizado por exemplo na compra de um imóvel, onde há o pagamento por parte do empregador (comprador) e a prestação de serviço por parte do empregado (vendedor), tirando alguns direitos, que, com a CLT antiga eram assegurados.

O empregado sofre constantemente com o poder imposto sobre ele pelo empregador, que além de gerir a sua prestação de serviço, passou a ter controle total na relação laboral, visto isto que na maioria das vezes a violação do direito do trabalhador é uma maneira de melhora na gestão da empresa, pois supostamente pagar o que o empregador acha que o empregado tem direito, fazendo-se valer da figura da subordinação, torna-se uma ameaça para a imposição de ação para rever os valores recebidos por parte do trabalhador.

Torna-se ameaça pelo fato de que caso o empregado, que tem valor aquisitivo muito inferior ao do empregador, ao postular ação para reaver os valores recebidos corre o risco de pagar as custas de honorários sucumbenciais. Sendo assim, além de estar desempregado, ter que arcar com a despesa de um advogado próprio, pode vir, no caso de apresentação de um documento pelo empregador que supostamente prova o pagamento de todos os direitos devidos, documento esse, que o empregado assinou sem saber do que se tratava, sem ter o auxílio de um sindicato, ou ter assinado por imposição do empregador, terá que arcar também com as

custas dos honorários sucumbenciais do advogado do empregador, que muitas das vezes não sai barato.

Sem mencionar ainda, que caso não tenha condições financeiras para arcar com as custas no momento da sucumbência, o empregador ainda ganha o poder de fiscalizar financeiramente a pessoa que nem é mais seu empregado, pois caso esse ganhe algum valor que modifique a sua condição financeira e estabeleça a possibilidade do pagamento dos honorários devidos, o empregador poderá acionar a Justiça para receber.

Mostra-se claramente que além do poder que o empregador já tinha sobre o seu subordinando, finda a relação laboral, de certa forma, ainda se mantém o poder, vindo ser observado que sim, o empregado é a parte mais frágil da balança da relação laboral e que por esses motivos deveria ser protegido pela Lei Trabalhista, que além de romper com o direito que o empregado já tinha, ainda bate de frente com direitos constitucionais.

Após a pesquisa que foi desenvolvida para esse trabalho de conclusão de curso conclui-se que a reforma trabalhista foi imposta de maneira urgente e desleixada, deixando de seguir ritos necessários para sua aprovação e violando inacreditavelmente inúmeros princípios, direitos e garantias.

Podemos observar que não foi dada a devida atenção que a Reforma Trabalhista deveria ter tido, fazendo com que novamente o sistema falhe com cidadãos, que estudiosos tenham que desprender tempo para estudar o impasse entre a Reforma Trabalhista e a Constituição, sem contar as inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade que lotam e ainda lotarão o STF para apontar a falha que poderia ter sido prevenida, dando a discussão e o andamento correto que a Reforma merecia, de maneira a economizar tempo e gastos.

## Referências

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso prático de processo do trabalho** / colaboração da advogada Marina Batista S. L. Fernandes – 24. ed. rev., atual. e ampl. – De acordo com o novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, a Lei n. 13.015/2014 e a Resolução n. 194/2014 (Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST) – São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Em defesa da Constituição: primeiras impressões do MPT sobre a “reforma trabalhista”** / organizadores: Cláudia Honório e Paulo Joarês Vieira; autores: Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto ... [et al.]. – Brasília: Gráfica Movimento, 2018. ISBN 978-85-66507-21-8.
- BELTRANELLI NETO, Silvio. **A Reforma Trabalhista e o retrocesso na proteção jurídica da saúde e segurança no trabalho: notas críticas sobre jornada e outros dispositivos alusivos ao meio ambiente laboral**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região, n. 51, p. 183-202, jul./dez. 2017. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/125458/2017\\_beltramelli\\_neto\\_silvio\\_reforma\\_trabalhista.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/125458/2017_beltramelli_neto_silvio_reforma_trabalhista.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 03 junho 2020.
- DA ROCHA, Cláudio Jannotti; MARZINETTI, Miguel. **Os honorários advocatícios sucumbenciais na reforma trabalhista e o Direito Intertemporal**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região, Brasília, v. 21, n. 2, p. 19-30, 28nov. 2017. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/194/177>. Acesso em: 21 maio 2020.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LOURENÇO, Lúcio Augusto Pimental. **Teoria Pura do Direito (segundo o pensamento de Hans Kelsen)**. Portimão: JURISMAT, 2017, n.º 10, pag. 49-70.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Vamos falar séria e honestamente sobre a Reforma Trabalhista?** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas>>. Acesso em: 02 de jun. de 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. Ed. rev. e atual. até EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. ISBN: 978-85-97-01129-6

MUNHOZ, JOSÉ LUCIO. **Honorários Advocatícios e a Sucumbência Trabalhista**. In: RICARDO CARVALHO FRAGA (org.). *Reforma Trabalhista: Primeiro Ano*. São Paulo: LTr, 2018. p. 67-88.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 32. Ed. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2813-9

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A história do Direito do Trabalho no Brasil**. Curso de Direito do Trabalho, Vol. I – Parte II. São Paulo: LTr, 2017.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza et al. **Reforma Trabalhista Interpretada: Lei nº 13.467/2017**.

Caxias do Sul: Plenum, 2017. 464 p. ISBN 978-85-88512-71-9.

## **A relevância do consentimento individual ante os acordos coletivos <sup>1</sup>**

*Dara Lima da Silva<sup>2</sup>  
Maira Angélica Dal Conte Tonial<sup>3</sup>*

### **Introdução**

O século XXI é marcado pelo avanço tecnológico, apresentando uma constante evolução, tornando-se indispensável a preparação pessoal para encarar a velocidade das mudanças que ocorrem na sociedade. É espantosa a maneira como as pessoas, as coisas e as relações mudam. As formas de comunicação, produção, consumo, seguidamente sofrem alterações. A conexão está presente nas vinte e quatro horas do dia, e tudo pode ser acompanhado em tempo real, mesmo que tenha ocorrido em outro continente. Quem ainda resiste em acompanhar esse ritmo, corre risco de ficar desatualizado. A tecnologia trouxe praticidade e comodidade, tudo pode ser feito sem sequer sair do lugar.

Tem-se incontáveis plataformas digitais, para infinitas ações (comprar, saldar uma conta, se inscrever em uma vaga de emprego), é como um leque gigante de funções que podem ser feitas via internet, onde as pessoas depositam seus dados pessoais, e a depender de quem está

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido no Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

<sup>2</sup> Dara Lima da Silva Aluno (a) do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 167773@upf.br

<sup>3</sup> Advogada (OAB/RS 45621). Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos, Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho. Docente de Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Membro da ABA - Comissão Estadual de Direito do Trabalho, Endereço eletrônico: mairatonial@upf.br, <http://lattes.cnpq.br/0212344315200902>

tendo acesso a tais informações, o titular corre risco de enfrentar uma série de problemas.

Para tanto, ocorreu em 14 de agosto de 2018 a promulgação da Lei 13.709, a Lei Geral da Proteção de Dados, que tem como objetivo principal, a proteção de alguns dos direitos fundamentais do cidadão, bem como a redução de riscos que podem surgir a partir da coleta e tratamento dos dados das pessoas. Esta lei foi necessária, mas não em razão da velocidade das relações virtuais, o problema se encontra na maneira como os indivíduos desfrutam destes meios. Usar dessas ferramentas para clonar um cartão de crédito por exemplo, não é uma maneira saudável de gozar deste benefício, sendo visível a ilicitude do ato. A partir do momento em que um terceiro é lesado, a busca por uma alternativa que ofereça proteção a este deve ser incessante.

O ambiente virtual e a LGPD estão diretamente ligados, de modo que, esta só existe em razão do primeiro. Ambos atingiram várias esferas, em especial, o Direito do Trabalho e as relações provenientes deste. Analisando atentamente se vê que a tecnologia revolucionou o âmbito trabalhista quase em sua totalidade.

Atualmente, é quase impossível uma área laboral que não dependa de uma máquina. Os empregadores que agem em conformidade com a lei registram a relação com seus empregados e, tudo acontece por meio de sistemas e plataformas digitais, e é neste viés que entra a relevância da LGPD.

Por isso, o estudo acerca destas conjunções é expressivo, ao ponto que, o presente trabalho busca analisar, por meio de pesquisas realizadas em doutrinas, artigos científicos e legislações o tratamento que o empregador deve oferecer em torno dos dados pessoais de seus funcionários, em caráter individual ou coletivo. Almejando, principalmente a proteção destes, de seus direitos morais, haja vista que,

dados pessoais são particularidades de cada um, e que, quando violados podem gerar impactos diferentes, levando em consideração que nenhum ser humano é igual ao outro, principalmente no que diz respeito às emoções, princípios e valores.

Assim que documentos individuais e coletivos norteiam a caminhada no direito do trabalho.

Os documentos coletivos podem ser considerados resultados positivos de reivindicações recíprocas de grupos de pessoas. Torna-se assim, indispensável a citação das greves, pois de maneira geral, foi por conta destas que nasceram os direitos coletivos que contribuíram para o desenvolvimento e aprimoração da legislação trabalhista. Sendo relevante a citação da greve dos operários, considerada um dos marcos da história do Direito Trabalhista. No ano de 1917 entre os meses de junho e julho a classe dos operários parou o Brasil com uma greve geral que, se estendeu por quarenta e cinco dias. Com isso, buscavam qualidade, reconhecimento e tratamento adequado para suas funções, sendo considerado o ano do nascimento do proletariado como classe no país. Desenvolvendo-se a partir de então, a ideia da criação de sindicatos.

Os sindicatos são de suma relevância, fortes contribuintes na evolução do Direito do Trabalho, podendo ser considerados não apenas meros órgãos de defesa dos interesses de seus associados, como também, fundações de coordenação de direitos e deveres análogos entre empregados e empregadores, e, ainda, instituições de colaboração com o Estado.

Existem três formas de sindicalismo. Sendo a primeira a unidade sindical, em seguida o, pluralismo sindical e por último, mas não menos importante a unicidade sindical, sendo esta, adotada no Brasil, levando em consideração que não se admite mais de um sindicato de mesma categoria na mesma base territorial, “não podendo ser inferior à área de um



município”, como bem se entende através da leitura do art. 8º, inciso II da CF/88. Foi ainda, na Constituição de 1937 que se estabeleceu a unicidade sindical, tendo o Estado Novo, imposto por Getúlio Vargas, como fator influenciador.<sup>4</sup>

As normas coletivas surgiram antes da metade do século XIX, de maneira que, o Sindicalismo de 1931, abarcado pelo Decreto n. 19.770, e o sindicalismo promulgado em 1934 pelo Decreto n. 24.694, acrescidos à instituição legal do direito de convenções coletivas de trabalho, caracterizam um direito coletivo autônomo, todavia, foi com o texto da Constituição Federal de 1988, que o Direito Coletivo do Trabalho se impulsionou com a liberdade associativa e sindical.

Até o presente, é possível compreender que, a Constituição Federal de 1988 oportunizou mais autonomia e liberdade aos sindicais. Destarte, é possível também, atinar que mesmo com as brechas proporcionadas com promulgação da mesma, a unicidade sindical não foi modificada, nem mesmo alterada, sendo que, até mesmo o Supremo Tribunal Federal entra em acordo com tal afirmativa, após destacar na súmula 677 que, “Até que a lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade”. Sendo notória a não influência da promulgação da Carta Magna no que tange à escolha do sindicalismo brasileiro.

Ante o exposto entende-se que, o Direito Coletivo abrange as diligências recíprocas entre trabalhadores ou empregadores, a fim de solucionar os conflitos entre as classes, respeitando os direitos de ambos.

---

<sup>4</sup> A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público. (BRASIL, 1937)

Após a vigência da Lei 13.467/2017, a chamada, Reforma Trabalhista, foi acrescido à CLT o art. 611 -A, o qual preceitua os casos de prevalência do acordo coletivo de trabalho sobre a lei.<sup>5</sup>

Dentre as mudanças efetuadas na Consolidação das Leis do Trabalho nota-se que, o legislador reteve as alterações nas fontes de custeio da estrutura sindical, de modo que, a contribuição sindical se tornou facultativa, podendo incorrer descontos sobre o salário do empregado apenas se houver seu consentimento expresso. Ademais, nota-se o favorecimento em torno da classe patronal, pois com a divisão da representação sindical, e o predomínio do negociado sobre o legislado, os empregadores comportam a parte mais forte nos contratos de trabalho, sendo então, os maiores privilegiados.

Apesar de, ainda comportar a parte mais forte no contrato de trabalho o empregador não pode deixar de cumprir normas acerca do vínculo com seus empregados, podendo sofrer penalidades nos casos de descumprimento. Pode-se citar como exemplo, o tratamento dos dados pessoais dos funcionários, o qual enseja cuidados após a vigência da Lei Geral da Proteção de Dados, a qual apesar de, não ter sido criada especialmente para questões trabalhistas, à estas pode ser aplicada, ensejando um tratamento especial sobre os dados dos empregados, assim o capítulo a seguir abordará a LGPD, trazendo informações acerca sua criação, princípios e bases legais.

---

<sup>5</sup> “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais, banco de horas anual, intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas, adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a lei. 13.189/2015, plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança, regulamento empresarial, representante dos trabalhadores no local de trabalho, teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente, remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual, modalidade de registro de jornada de trabalho, troca do dia de feriado, enquadramento do grau de insalubridade, prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo, participação nos lucros ou resultados da empresa. (CLT,2017).

## 1. Lei Geral de Proteção de Dados

O avanço tecnológico revolucionou o mundo em sua totalidade, sendo quase impossível existir uma área que não tenha sido atingida ou transformada por tal. Para tanto, é sabido que assim como qualquer outro caminho este, tem prós e contras. Destacando-se no polo positivo a facilidade nas relações, a possibilidade de realizar diversas atividades no mundo virtual de variadas espécies (trabalho, necessidades, lazer, etc..) sem sair do lugar. No polo negativo há a dimensão das operações online, sendo imensurável o seu alcance após um simples “click”. A velocidade é tamanha que, nem sempre pode ser considerada uma conveniente aliada.

Nos casos das relações que envolvem os dados das pessoas fica ainda mais enigmático, pois um simples erro, uma informação vazada pode levar à inestimáveis e irreversíveis problemas, por isso, este capítulo trará a criação da Lei Geral da Proteção de dados, seus princípios e as bases legais que a regem. Promulgada em 14 de agosto de 2018, originando-se a partir do projeto de lei da câmara (PLC) nº. 53/2018. Inicialmente, o prazo para adaptação das novas medidas foi de dezoito meses, tanto na iniciativa pública, quanto privada. Todavia, passou a vigorar plenamente no Brasil, no dia 18 de setembro de 2020, trazendo institutos precisos em relação à proteção de dados pessoais, tornando-se um marco legal.

A sanção aqui mencionada, teve como uma de suas fontes de inspiração, o Regulamento Geral de Proteção de Dados, aprovado em 27 de abril de 2016 na União Europeia, conhecido também como, GDPR, o qual tem como objetivo proteger as pessoas físicas quando o assunto é tratamento de dados pessoais e sua respectiva circulação. Atualmente, cerca de 130 países possuem leis similares à LGPD, que visam a proteção dos dados pessoais e o mau uso dos mesmos.

Torna-se necessário, fazer algumas considerações acerca de alguns conceitos e terminologias abordados no Art. 5º da lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, para que seja proposto ao leitor um entendimento claro acerca da presente pesquisa.<sup>6</sup>

No que tange ao titular dos dados, pode se dizer que é a pessoa proprietária dos dados em tratamento. Ex: X é contratado por uma empresa Y, e tem os dígitos de sua conta bancária vazados por um representante da mesma. X é o titular dos dados divulgados. Também, sobre os dados pessoais, pode-se afirmar que, são todas as informações referentes a uma pessoa identificada ou identificável, serão sempre relacionados a pessoa natural viva. Desta forma, não se limita a nome, sobrenome, apelido, idade, endereço e outros. Já o tratamento dos dados é

---

<sup>6</sup> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

- I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
  - II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
  - III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;
  - IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;  
- titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;
  - I - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;
  - II - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;
  - III - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);
  - IV - agentes de tratamento: o controlador e o operador;
  - V - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;
  - VI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;
- consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; [ ] (BRASIL,2018)

todo procedimento realizado em detrimento dos dados. Seja coleta, armazenamento, avaliação, etc...

Os dados pessoais sensíveis são informações relacionadas às características da personalidade da pessoa, suas particularidades, escolhas pessoais, religião, etnia, política, vida sexual e outros. Diferentemente dos dados anonimizados que, não podem ser identificados, levando em consideração a utilização dos meios técnicos razoáveis e disponíveis para o tratamento. No entanto, se diferem da anonimização que, é a utilização de meios disponíveis no tratamento dos dados, por meio dos quais o dado perde a capacidade de ser associado a um indivíduo direta ou indiretamente.

Já o consentimento, é a manifestação do titular em favor do tratamento de seus dados para alguma finalidade. E os chamados agentes de tratamento são pessoas controladoras das informações do titular, é o responsável que recolhe as informações após o consentimento da parte e realiza algum tratamento nos dados.

Em razão do aprimoramento da tecnologia, as relações e operações no mundo virtual, passaram a ter um gradativo acesso aos dados dos usuários, e é por este motivo que a LGPD, repercutiu e ainda repercutirá muito na sociedade. Haja vista que, trata da proteção de dados de indivíduos em qualquer relação que envolva informações caracterizadas como pessoais, tanto de pessoa física quanto jurídica. Acerca desta mesma lógica, a autora Patrícia Pinheiro aborda:

Como visto, a necessidade de uma lei específica sobre proteção dos dados pessoais decorre da forma como está sustentado o modelo atual de negócios da sociedade digital, na qual a informação passou a ser a principal moeda de troca utilizada pelos usuários para ter acesso a determinados bens, serviços ou conveniências. (SARAIVA, 2018)

O nome atribuído à lei remete a ideia de pelo menos um de seus objetivos, que pode ser considerado um dos mais importantes, qual seja, o direito da proteção dos dados e da privacidade do individual, através de meios seguros, transparentes e que preservem os direitos e garantias fundamentais da sociedade. Esta norma aborda também, a importância da transparência, de modo que, instituiu em seus artigos, disposições precisas sobre o tratamento de empresas para com dados pessoais de terceiros.

Ademais, com esta, intenta-se uma uniformização com a implantação de diretrizes unânimes e congruentes acerca do tratamento de dados pessoais, sem levar em conta o setor econômico em que se sucede, contendo custos derivados de contradições sistemáticas de tratamentos realizados por diferentes agentes, favorecendo os elos comerciais e visando o estímulo ao progresso econômico e tecnológico.

Outro fator defendido pela lei, é o mercado, alguns dispositivos da mesma roboram a segurança das relações jurídicas, assegurando uma concorrência livre, bem como, a defesa das relações comerciais e de consumo, o que acabará propiciando uma certa disputa no mercado favorecendo a portabilidade.

Apesar de ser uma sanção nacional, não encontra relação com cidadania ou mesmo nacionalidade de dados pessoais, de maneira que, possui alcance extraterritorial, podendo ser aplicada à dados tratados fora do Brasil, desde que a coleta dos dados tenha sido feita em território nacional, ou por meio de produtos e serviços ofertados para pessoas que estavam no país ao tempo da contratação ou compra. Os institutos da referida não são aplicáveis a tratamentos de dados realizados por pessoas físicas para fins exclusivos íntimos e que não econômicos.

A Lei Geral de Proteção de Dados foi criada inicialmente com a intenção de proteger principalmente os consumidores, todavia, os artigos disponíveis nesta, podem ser aplicados também às relações de trabalho.

Pois, para que um indivíduo ingresse em um emprego torna-se necessário o repasse de seus dados para o empregador, seja na forma de currículo, processo seletivo ou até entrevista. O que se pretende com isso é que o contratante conheça o empregado e avalie seu encaixe na vaga ou para preencher os requisitos trabalhistas exigidos pela CLT. A partir disso, salienta-se a importância do tratador ou coletor dos dados revisar as informações requisitadas em currículos, preenchimento de formulários, processos seletivos ou até mesmo aqueles dados solicitados através de sites, para que não ocorra tratamento indevido com tais.

Torna-se evidente que há o tratamento de dados pessoais nas relações de trabalho, desde o anúncio da vaga, onde o tomador de serviços deve manter-se cauteloso para que não haja nenhum tipo de discriminação ou ofensa a qualquer candidato. A partir da leitura dos preceitos da lei, entende-se ser desnecessário o fornecimento de dados além daqueles básicos para o preenchimento da vaga de emprego, a não ser que, o empregador ou seu representante justifique a finalidade ou exigência para recolhimento de dados não relacionados à vaga.

Fica assegurado ao trabalhador a proteção de seus dados e informações particulares, ante as empresas e tomadores de serviços. Recomenda-se ainda, a revisão de dados pedidos em caráter obrigatório em currículos, bem como, processos seletivos, para que não ocorra nenhum tratamento indevido em relação às informações prestadas pelos candidatos e supostas violações à lei.

Seguindo os preceitos exposto na Lei Geral da Proteção de Dados (LGPD), para haver o tratamento legítimo e específico dos dados pessoais, além da boa-fé, deve-se levar em consideração os princípios da finalidade, livre acesso, segurança, adequação, necessidade, qualidade de dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e ainda, responsabilização.

O princípio da finalidade é um dos princípios basilares da LGPD, de maneira que, é referenciado em pelo menos nove artigos da norma. O referido, veda o tratamento de dados para fins ilegítimos, implícitos ou sem especificação. Bem como, nos casos em que não há a solicitação de tratamento ao titular. Ademais, proíbe o tratamento de dados coletados para uma finalidade, e que acabam tendo desígnio difuso do acordado preliminarmente. Ou seja, o responsável pela coleta de dados de uma pessoa, deverá deixar claro, a razão da coleta dos dados, o propósito e a finalidade. Não podendo por exemplo, um entrevistador de uma vaga de emprego usar os dados fornecidos por um possível candidato ao cargo disponível, para outro fim que não o preenchimento da vaga ofertada. Quando se trata da obstrução de fins ilegítimos para com os dados de um indivíduo, entende-se que, o tratamento deve ser pautado pela legalidade e boa-fé, buscando sempre uniformidade, clareza e precisão com os mesmos.

Em detrimento dos inúmeros questionamentos em torno da Lei 13.709/2018 (Lei Geral da Proteção de Dados), as empresas e tratadores de dados passaram a ver o tratamento dos dados como um meio o, sendo comum a percepção entre os mesmos de que, a LGPD veio para impedir o uso e a coleta dos dados. O que se torna um equívoco, pois a sanção tem como objetivo apenas regulamentar a forma de conservação e métodos utilizados para com os dados de terceiros, por meio de bases legais que norteiam o tratamento dos dados pessoais.

As bases legais funcionam como um sistema de proteção usado pelas empresas, que através destas, elaboram um tratamento de dados em conformidade com a lei. Desta forma, a norma prevê dez possibilidades que outorgam o tratamento dos dados.



As bases legais estão preceituadas no artigo 7º da referida lei, sendo possível compreender a partir da leitura deste, que as hipóteses são como uma âncora no tratamento dos dados.<sup>7</sup>

Tem-se como primeira base legal o Consentimento, sendo o mais comentado e questionado atualmente. Trata-se da manifestação favorável do titular, no que diz respeito à coleta de certos dados pessoais, sendo que esta deve ser clara, precisa, livre e sem qualquer vestígio de falhas.

Vale ressaltar que, o Consentimento não é uma base que surgiu com a LGPD, sendo mencionado com a chegada do Marco Civil da Internet através da Lei 12.965/2014, que em seu artigo sétimo trata o consentimento como uma base única e exclusiva para o tratamento de dados pessoais. O que se teve com a LGPD, foi a ampliação das bases, com um acréscimo de mais nove preceitos auxiliares. Com o consentimento as empresas terão de deixar apresentar aqueles textos enormes, tidos como termos de aceitação de serviço, e apresentarem condições mais sucintas e claras, que facilitem o entendimento do titular.

---

<sup>7</sup> Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária

- quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente. (BRASIL, 2018)

A Obrigação Legal também é tida como base na medida em que, uma lei ou instrumento normativo obriga uma empresa ou agente de dados a coletar, armazenar ou controlar determinado dado pessoal. Sobre isso:

É a regra da legalidade ampla e da preservação do interesse público sobre o particular. Esse é um autorizador da LGPD que possibilita que a lei não entre em conflito com outras legislações ou regulamentos vigentes. (Guia de Boas Práticas. LEI GERAL DA PROTEÇÃO DE DADOS. 2020. Gov.br. pg 13.)

Ressalta-se também que, é desnecessária a manifestação de consentimento do titular dos dados nessa hipótese de tratamento.

O tratamento de dados através de Políticas Públicas é a terceira base legal ofertada pela LGPD, dispensando o consentimento do titular desde que, respeitados os artigos vinte e três ao trinta da referida lei, tendo como objetivo intrínseco o uso de política pública instituída por lei ou ato administrativo, podendo ser desde uma norma formal até um contrato ou instrumento semelhante. O consentimento do titular nesta base não é visto como uma necessidade, todavia, tem de ser obrigatoriamente informado sobre o motivo e a forma de tratamento que será usada para com os dados.

Os controladores dos dados devem ser pessoas jurídicas de direito público, podendo, contudo, abranger operadores para alguma execução de dados necessária na conquista de políticas públicas, que podem ser pessoas jurídicas de direito privado. Há sempre que se levar em consideração se o controlador dos dados é uma pessoa jurídica de direito público, não sendo, há de ser empresa pública ou sociedade de economia mista responsável pelo tratamento em prol de políticas públicas e não atividades relacionadas ao regime de concorrência.

Está abarcada, no inciso IV da Lei, como base legal e hipótese para tratamento de dados pessoais, a pesquisa, que, dispensa o consentimento do titular sendo que, o tratamento usado para as mesmas pode ser

considerado lícito e é permitido somente quando partir de órgãos de pesquisa público ou privado, de maneira que, o anonimato deve ser imprescindivelmente mantido sempre que possível.

A hipótese de Execução de Contrato permite que os dados pessoais recebam algum tipo de tratamento para que seja garantida a eficácia de um acordo. Essa hipótese é aplicável em casos que envolvam a execução de um contrato ou algum procedimento preliminar desde que, o titular dos dados seja parte. Sendo insignificante uma nova manifestação de consentimento pelo titular, levando em consideração que o mesmo já tenha consentido na celebração do pacto, observando a eficiência do tratamento dos dados em foco, se estes são essenciais para o condigno cumprimento do contrato.

Já o Processo Judicial ou exercício regular do direito, dá-se nos casos em que a lei autoriza o tratamento dos dados para atuação em processos administrativos, judiciais ou até arbitrais. Independe do consentimento do titular, para a coleta de qualquer dado que possibilite que um terceiro exerça seu direito de ingressar com uma ação no judiciário em face do mesmo. Enfatizando que, as hipóteses de tratamento estarão sempre disponíveis no contrato, da mesma forma em que o consentimento é declarado no ato de formalização do termo ou até mesmo em decorrência do mesmo. Para que haja o enquadramento nessa hipótese, deve ser levado em consideração se o tratamento dos dados se faz necessário para que os termos estabelecidos no contrato sejam cumpridos ou até mesmo se faz diferença na realização de procedimentos preliminares envolvendo o acordo.

A Proteção da Vida é uma hipótese que também dispensa o consentimento do titular nos casos em que, o mesmo ou um terceiro encontra-se em estado de necessidade, ou ameaça ao bem maior que, é a vida.

A hipótese de tratamento envolvendo tutela da saúde, legitima o tratamento de dados pessoais essenciais, para prestação de serviços ligados à saúde do titular ou terceiros. É a única base legal que tem os dados tratados por agente exclusivo, ou seja, por profissionais da saúde ou autoridade sanitária. Também, dispensa o consentimento do titular em casos de extrema necessidade, sendo a saúde um direito fundamental, arrolada inclusive, na Carta Maior.

O Legítimo Interesse é mais uma hipótese que desobriga o consentimento. Entende-se que o legítimo interesse advém das duas partes, ou seja, tanto da empresa ou tratador de dados quanto do titular dos dados. É uma hipótese usada quando a empresa ou o agente dos dados não conseguiu adequar a finalidade de determinado tratamento realizado, em nenhuma das outras nove bases legais. Todavia, esse tratamento é legítimo e indispensável, seja porque oferece um serviço ou um produto para seus usuários. Todavia, poderão ser tratados tão somente os dados tidos como necessários para a finalidade almejada pelo tratador.

Como última base legal, mas não menos importante, arrolada no inciso X, tem-se a Proteção ao Crédito, que também dispensa o consentimento do titular, permitindo o tratamento dos dados em decorrência da tutela do crédito. Trata-se de uma base legal específica da legislação brasileira, e ante a falta de preceitos jurídicos internacionais, deve ser aplicada com o máximo de segurança e cuidado possível.

Nota-se que, em primeiro momento a LGPD não foi criada especificamente para ser aplicada as relações de trabalho, todavia é uma sanção que se adequa e se aplica aos casos envolvendo dados pessoais, mesmo que na esfera trabalhista. Sendo assim, o que se busca com a conjunção desta com o direito do trabalho, é saber seus efeitos quando aplicada ao direito coletivo de trabalho.

## **2. Problemática do consentimento em documentos coletivos**

As ações virtuais abrangem todos os polos e podem simplificar ou obscurecer relações, tudo depende da maneira de uso. Sendo assim, buscase no presente capítulo apresentar a junção entre relações virtuais, o uso e tratamento de dados laborais, abordando inclusive as relações coletivas de trabalho e o que a LGPD oferece acerca desta soma.

Um dos marcos do século XXI seguramente é o avanço tecnológico que de maneira inigualável atingiu a todos, e o que parecia distante da realidade de muitos virou parte do cotidiano da sociedade contemporânea.

De acordo com os autores Sales e Bezerra (2018, p.2), conforme citado pelo autor Schwab (2016):

A expansão da tecnologia nas mais variadas áreas do conhecimento, nas palavras de Schwab (2016), coloca o mundo diante da Quarta Revolução Industrial, caracterizada por: inteligência artificial, internet das coisas, armazenamento de energia, biotecnologia, veículos autônomos e as mais variadas inovações. Nos últimos 20 anos, conseqüentemente, houve uma modernização do espaço de exercício das atividades laborais e um aumento na demanda de pessoal capacitado para atuar nesse meio (BALCAR, 2014; CARNEVALE, 2013; EGER; GROSSMANN, 2004; INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2008).

O que se entende é que esta transformação não atingiu somente a forma de execução das funções trabalhistas, visto que, as formas de contratação, e até a maneira de ofertar uma vaga de emprego sofreram alterações e evoluíram.

Imagina-se aqui, uma linha do tempo que, se inicia com a oferta de trabalho. Até o final do século XX, eram comuns os cartazes expostos nas portas dos estabelecimentos que anunciavam a disponibilidade da vaga. Atualmente, quase a totalidade das vagas são ofertadas através das redes sociais, ou das páginas oficiais das empresas, sendo quase impossível uma

empresa não ter uma rede social ou uma página de divulgação do trabalho, ofertas e afins.

Em seguida, tem-se a fase do currículo que era deixado de forma física no local da vaga e, no presente a grande maioria é enviado via e-mail, da mesma forma que, o armazenamento dos mesmos era manual, ou seja, eram guardados em uma pasta no fundo de uma gaveta, o que difere do atual momento, pois as empresas estão apostando nos sistemas que oferecem o armazenamento de dados, sendo plenamente possível a conservação dos currículos.

Sequer as entrevistas são exigidas de forma presencial como dantes, com a diversidade de ferramentas é extremamente viável a realização de entrevistas online, e mais, levando em consideração o atual cenário em razão da pandemia, o ato tornou-se ainda mais frequente. Através deste liame, fica fácil perceber a dinamização no mundo trabalhista, em razão disso, torna-se indispensável abordar a aplicação da LGPD no âmbito laboral.

Em suma, a referida lei não traz dispositivos específicos acerca da proteção de dados pessoais nas relações trabalhistas, no entanto, o que se entende após a leitura do primeiro artigo da mesma é que, se trata de uma sanção que abrange os dados pessoais de todos, independentemente de ser pessoa física ou jurídica e até mesmo das circunstâncias.<sup>8</sup>

Entende-se a partir da interpretação do art.5º, inc. X, da LGPD que, o tratamento de dados dá-se em todas os procedimentos que envolvam os dados pessoais, acesso, coleta, armazenamento e outros<sup>9</sup>. Assim, é nítido o

---

<sup>8</sup> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

<sup>9</sup> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

- tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento,

nexo da Lei com as relações laborais, pois há o constante tratamento dos dados dos trabalhadores nas empresas, o qual se estende desde a fase pré contratual até a pós contratual.

A necessidade de tratamento de dados se inicia na fase pré contratual através do recebimento do currículo e posterior contato com os dados de identificação e demais informações acerca do indivíduo.

Levando em consideração a vasta concorrência no mercado de trabalho, que exige cada vez mais profissionais capacitados com especializações, torna-se mais fácil compreender o motivo de tantos processos seletivos (análise de currículos, experiências profissionais, entrevistas) para a escolha dos funcionários. Com a vigência da nova lei, as empresas terão de obter o consentimento dos titulares dos currículos para o armazenamento dos mesmos na base de dados, ou descarte em caso de recusa.

Os dados pessoais só podem receber tratamento no âmbito laboral se coincidirem com alguma das bases legais, abordadas pela LGPD. Sobre isso:

A empresa, quando coleta os dados pessoais de seu empregado, desde o início da contratação em potencial, com o recebimento do currículo, até a contratação efetiva e manutenção de prontuário do empregado, deve ter em mente que para cada dado pessoal coletado deve ter uma base legal válida para amparar seu tratamento.

Ou seja, a maioria das bases legais requer que o tratamento seja adequado para aquela finalidade. Se a Empresa consegue atingir a mesma finalidade sem o tratamento do dado, então ela não tem uma base legal para justificar a coleta. (MARTINI, V. A. LGPD A RELAÇÃO DE EMPREGO – ATÉ QUE PONTO A EMPRESA DEVE TER O CONSENTIMENTO DO EMPREGADO. 2020)

Para tanto, só poderá ocorrer na condição de cumprimento de obrigação legal, execução do contrato, interesses legítimos do controlador ou proteção à vida, hipóteses arroladas no Art.7º, incisos II, V, IX e VII da Lei 13.709/2018.

O tratamento dos dados laborais para cumprimento de uma obrigação legal se dará por determinação legal, de modo que, o empregador carece de informações sobre seus empregados para que conste nos registros, assim, dados como exames de saúde podem ser exigidos e obtidos sem o consentimento prévio do empregado. Já na hipótese encaixada à execução dos contratos, poderá a empresa, mediante consentimento prévio do empregado tratar apenas dos dados necessários para a execução do contrato trabalhista. Por fim, na hipótese de tratamento de dados em razão de interesses legítimos do controlador de dados, poderá se dar sem o consentimento do titular dos dados, desde que, não viole direitos e liberdades do empregado e, ainda haja interesse legítimo e

comprovado por parte da empresa.

Por interesse legítimo entende-se o que está ligado diretamente ao âmbito laboral, como, comprovantes de consumo do empregado pagos pela empresa. Em razão da necessidade de distanciamento ocasionado pela pandemia da Covid-19, inúmeros trabalhadores passaram a exercer suas atividades trabalhistas em home office, o que conseqüentemente gerou despesas adicionais no que tange aos gastos com luz e internet por exemplo, tais acréscimos são sanados pelas empresas, sendo então plenamente possível o empregador exigir a tarifa de tais para prestação de contas.

O tratamento de dados em razão da proteção à vida, tanto do trabalhador quanto de um terceiro pode se dar independentemente do consentimento do empregado, por se tratar da proteção do bem maior.



A Lei Geral da Proteção de Dados busca proteger a todos, indistintamente, para tanto, encontra-se a partir da seção III, no Art.14 da mesma, dispositivos quanto a proteção de dados de crianças e adolescentes. Levando em consideração que, o mercado de trabalho está cada vez mais sortido no quesito idade, bem como os diversos programas de inserção dos jovens nas funções laborais, torna-se indispensável abordar a proteção dos dados laborais dos adolescentes.<sup>10</sup>

É destacado pelo legislador a realização do tratamento dos dados pessoais dos adolescentes em seu melhor interesse e, ainda com consentimento específico, dado por pelo menos um dos pais ou responsáveis do menor. Ligando o meio trabalhista neste contexto entende-se que, deve um dos pais ou responsável do menor ser sempre reiterado pelo empregador sobre o tratamento dos dados do menor, e assim expressar o seu consentimento. Tanto a CLT quanto a LGPD abordam a importância e a necessidade do acompanhamento dos pais ou responsáveis de menores nas relações, assegurando que, o menor seja protegido e não saia lesado em hipótese alguma.

---

<sup>10</sup> Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei.

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

§ 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

A relação entre empregado e empregador termina com a extinção do contrato de trabalho. Mas, e o tratamento dos dados do empregado, mantêm-se após esta dissolução?

No Art.15 da Lei Geral da Proteção de Dados, tem-se dispositivos acerca do término do tratamento dos dados.<sup>11</sup>

Levando em consideração o exposto no Art.15, inciso III, o tratamento dos dados seria encerrado após a comunicação do titular, revogando o consentimento e solicitando o descarte dos dados. Todavia, deve-se ter consciência de que é de obrigação da empresa manter alguns registros para prestação de contas para fiscalização ou até mesmo em razão de futuras ações trabalhistas. Veja-se que, o prazo de prescrição está elencado nos artigos 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, e Art.11 da CLT. Ficando estabelecido que a parte deve solicitar a compensação em até cinco anos contados a partir da consumação do fato, mas, se o contrato de trabalho for extinto, o prazo para pedir recai para dois anos após a dissolução.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Art. 15. O término do tratamento de dados pessoais ocorrerá nas seguintes hipóteses:

- I - verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada;
- II - fim do período de tratamento;
- III - comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do art. 8º desta Lei, resguardado o interesse público; ou
- IV - determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto nesta Lei.

Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

- I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou
- IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

<sup>12</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (BRASIL, CF 1988)

Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. (BRASIL, CLT 2017)

Sendo assim, entende-se necessário que, a empresa resguarde algumas informações como forma de prevenção. Uma forma de continuar a conservação seguindo o tratamento dos dados após o término do contrato é através da base legal para cumprimento de uma obrigação legal, como aborda o legislador no Art. 16, inciso I da LGPD.

Fica claro que, os dados do trabalhador só poderão receber alguma forma de tratamento mediante seu consentimento, salvo casos expressos na lei. O mais aconselhável é que, a empresa colete o consentimento de maneira expressa, resguardando o documento, a fim de evitar possíveis episódios envolvendo os dados. Acerca disso:

[...] a LGPD define um alto padrão de consentimento, isto é, o consentimento significa oferecer ao titular do dado pessoal escolha e controles reais. O consentimento tem que ser livre, explícito e esclarecido, podendo o titular do dado revogá-lo, proibi-lo de uso, inclusive solicitar o descarte de tal dado a qualquer momento.

Vejam, portanto, que, se o empregador amparar a coleta de determinado dado pessoal no consentimento do empregado, poderá a qualquer momento perdê-lo. (MARTINI, V. A. LGPD A RELAÇÃO DE EMPREGO – ATÉ QUE PONTO A EMPRESA DEVE TER O CONSENTIMENTO DO EMPREGADO. 2020)

Salienta-se que, o consentimento expresso pelo empregado deve ser isento de vícios, pois é sabido que o vínculo empregatício está ligado à insubordinação jurídica, que pode levar o trabalhador muitas vezes por ser vulnerável ou se ver como a parte mais fraca na relação, a aceitar qualquer demanda partida do empregador.

A atenção para o tratamento dos dados não pode se dar apenas nas fases pré e pós contratual, o cuidado com estes deve perdurar ao longo da execução do contrato.

Quando se chega na fase contratual, alguns procedimentos já foram adotados para com os dados do empregado, pois antes de ocorrer a devida

admissão torna-se necessário o contato com as informações do candidato à vaga. Assim, quando se adentra nesta fase,

o empregador já possui informações como: nome e sobrenome, números do cpf, identidade e CTPS, endereço e experiências profissionais e demais informações fornecidas no currículo. Sobre isso:

Em relação à fase contratual, haverá um vasto leque de dados que será necessário para sua execução e para atender a comandos legais, a exemplo de dados tratados em função da jornada, valor do salário, descontos, faltas, motivos das faltas, doenças, acidentes, situações conjugais e familiares que podem ter reflexos em providências da empresa, como o pagamento de pensão, inclusão de dependente no plano de saúde, dentre outros. (PINHEIRO, I. BOMFIM, V. A Lei Geral da Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. 2020)

A fase contratual é marcada pela solicitação e, em alguns casos uso e tratamento de uma série de dados sensíveis, vale ressaltar que, a LGPD traz em seu art 5º, inciso II, alguns dados taxados como sensíveis.<sup>13</sup> Com a vigência da Lei obteve-se, sobretudo, uma certa restrição e moderação quanto aos dados exigidos na ficha de registro e seu respectivo tratamento, devendo ser respeitada a privacidade do empregado, exigências como a ficha de filiação à sindicato, não precisam obrigatoriamente serem disponibilizadas, o empregador só terá acesso a esta informação se o empregado consentir expressamente.

A biometria também é considerada um dado sensível, dessarte, deve-se analisar e considerar as grandes empresas existentes no país que empregam dezenas, centenas e até milhares de pessoas, tornando-se

---

<sup>13</sup> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

impossível controlar e registrar manualmente os horários funcionais de todos os colaboradores. Levando em consideração também, o avanço da tecnologia é de se imaginar que, empresas assim possuem o chamado, relógio de ponto biométrico.

Assim, as empresas deverão coletar expressamente o consentimento de seus funcionários em relação à coleta da biometria, devendo sobretudo, o uso da mesma ser destinado tão somente para o acesso à empresa, caso contrário, o empregador deverá novamente solicitar o funcionário para que expresse seu consentimento, buscando esquivar-se de futuros questionamentos em relação a isso. Tornando-se viável ressaltar que;

A grande importância dos dados sensíveis está justamente pelo fato que eles podem gerar algum tipo de discriminação quando do seu tratamento, podendo acarretar riscos e vulnerabilidades mais graves aos direitos e liberdades fundamentais. Justamente por isso necessitam de maior proteção e cuidado por parte dos controladores e operadores de dados. (GLITZ, G. 3 Dicas para advogar na proteção de Dados. 2018, p.2).

Sendo indispensável a aplicabilidade da sanção, primordialmente, na formalização do contrato e aditivos, de forma que o tratador dos dados, verse cautelosamente sobre as informações acerca do titular, não violando os preceitos fundamentais arguidos na Constituição Federal de 1988, especialmente no Art. 5, inciso X<sup>14</sup>, prezando a intimidade e vida privada das pessoas.

No que diz respeito à contratos de trabalho firmados antes da vigência da LGPD, não há que se falar desdém por parte do empregador perante estes, mesmo que o empregado já estivesse ligado à empresa, em

---

<sup>14</sup> Art. 5. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação . (BRASIL, 1988)

qualquer que seja a relação empregatícia, o vínculo será atingido pela sanção, por meio dos aditivos, que são conhecidos por complementarem os contratos firmados inicialmente.

Como alternativa mais viável aos empregadores no momento, tem-se a realização de pactos aditivos, adaptando uso e tratamento para com os dados dos funcionários conforme os preceitos da Lei Geral da Proteção de Dados, objetivando principalmente, o afastamento de futuras discussões em ações trabalhistas, de modo que, antes da vigência da Lei, os tratamentos oferecidos aos dados não apenas dos empregados, mas da população no geral, envolvendo toda as esferas eram genéricos e não exigiam tanto cuidado com a privacidade das pessoas.

Os dados referentes à saúde do trabalhador também são considerados dados sensíveis, por isso, nos casos de repasse de dados sobre saúde para fins de fornecimento de planos de saúde, deve o empregador buscar o consentimento de seu empregado, o que se difere de exames e atestados ocupacionais, pois nestes pode ocorrer a dispensa de consentimento por se tratarem de uma obrigação legal do empregador assegurada na Consolidação das Leis Trabalhistas. Contudo, não podem postergar direitos e nem a intimidade do colaborador.<sup>15</sup>

Também, é vedado ao empregador a exigência de certidões de restrições de crédito, por se tratar de um dado que pode levar o empregado a sofrer discriminação e constrangimento, não podendo ser considerado um meio classificatório para o cargo disponível, levando-se em consideração que a vaga ofertada é uma possibilidade de o empregado sanar qualquer dívida pendente. Tanto a CLT, quanto a Constituição Federal e a LGPD, entravam esta prática.

---

<sup>15</sup> CALEGARI, Luiz Fernando. A influência da LGPD nas Relações de Trabalho: a necessidade de as empresas se adequarem à nova legislação. **Síntese**. V. 31, n. 375, 2020. p. 21-24

Nota-se que, o compliance é uma ferramenta valiosíssima, para as relações de trabalho contemporâneas. Levando em consideração as vivências contemporâneas e as dificuldades enfrentadas no momento pandêmico, sobretudo no setor trabalhista, tudo que vier a somar, importa. Em virtude da necessidade do distanciamento social inúmeras empresas fecharam, e as relações de teletrabalho dispararam, o que é um ponto positivo, pois, desta forma menos pessoas perderam sua fonte de renda, podendo por meio da tecnologia, dar continuidade às suas funções laborais, através de seus lares. Ainda:

Igualmente, o compliance trabalhista tem a finalidade de se evitar a responsabilização das empresas no âmbito judicial para que não haja prejuízo à sua imagem e reputação. Trata-se de uma auditoria interna permanente para prevenir e apurar violações de direitos trabalhistas na empresa. (CORREIA,H. Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho. p.3)

A partir disso, o método de compliance pode ser usado do decurso do contrato de trabalho, através da criação de um sistema de fiscalização envolvendo canais onde os trabalhadores possam revelar qualquer abuso sofrido no local de trabalho, bem como a implementação de um código de ética e conduta destinado à empresa e suas respectivas ações de tratamento perante seus funcionários.

Pode-se dizer que, o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho, são duas das quatro subdivisões do Direito do Trabalho. Sendo o primeiro, o que trata da relação entre um empregado e seu vínculo empregatício, e o Direito Coletivo do Trabalho, de maneira geral, engloba um grupo de pessoas que possui o mesmo vínculo ou interesse trabalhista. Sobre isso:

A coletivização das questões trabalhistas teve origem na constatação, pelos trabalhadores, de que eles eram, sozinhos, muito mais fracos que o

empregador. Isso porque perceberam que **o empregador é um ser coletivo por natureza**, ao passo que a manifestação de sua vontade tem como resultado considerável impacto social. As decisões do empregador afetam direta ou indiretamente diversas pessoas ou mesmo um grupo comunitário mais amplo. (RESENDE, R. Direito do Trabalho. Editora Método. 8ª Ed. 2019).

Os impactos advindos das atitudes do empregador geram muito mais consequências, do que atitudes partidas do empregado. Ao passo que, uma demissão em massa por exemplo, gera muito mais efeitos, pelo fato de os empregados possuírem dependentes, que conseqüentemente são beneficiados através do salário que este recebe e que, a partir da dispensa, deixará de ter. Dessa forma, os empregados não são os únicos atingidos com as ações dos empregadores.

Circunstâncias como esta contribuíram para a criação dos sindicatos, formados por grupos de pessoas que desenvolvem suas atividades laborais em determinados setores. No Direito Coletivo o empregado e o empregador estão em situação de igualdade, em razão da formação dos sindicatos, responsáveis pela defesa dos interesses coletivos de forma imparcial.

O sindicato tem como atribuições, dentre algumas, a representação de interesses gerais da categoria ou profissional liberal, ou ainda, interesses individuais dos associados relativos à atividade e, a celebração de contratos coletivos de trabalho.<sup>16</sup>

Com a vigência da Lei 13.467/17, a chamada, Reforma Trabalhista ocorreram diversas alterações na CLT, uma delas trata da prevalência do negociado sobre o legislado, que acabou flexibilizando as normas

---

<sup>16</sup> Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos

- a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida;
- b) celebrar contratos coletivos de trabalho; (...). (BRASIL, 2017).



trabalhistas, ou seja, reduziu a força e o impacto da legislação, visando gerar mais empregos, a partir de uma certa adequação com o dia a dia das empresas.

É o caso do Art. 611-A, inserido na CLT, pela Lei da Reforma Trabalhista, que possibilita mais negociações, entre sindicatos e empresas. O que acabou gerando muitos questionamentos pois de um lado tem-se os defensores da Reforma Trabalhista que acreditam que esta abertura para discussões e adequações, tenha impactado positivamente, ao passo que é vista como uma injeção de novas oportunidades de emprego.

Do outro lado, há quem veja isso como um meio prejudicial, isso porque antes da modificação trazida pela norma, se aplicava aos casos o princípio da Primazia da Norma Mais Favorável.

Ou seja, antes da Reforma, analisava-se sobre o favorecimento da Convenção ou da Lei, aquela que ofertasse mais benefício, seria a aplicada. Após a vigência da sanção, se o caso estiver expresso no rol do Art. 611-A, prevalece, o acordado.

Todavia, mesmo com toda essa abertura dada às Convenções, todo esse poder, se assim pode-se dizer, o seu alcance não é ilimitado, pois Direitos Constitucionais não podem ser restringidos. De forma que, existem normas trazidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas acerca da abrangência das Convenções Coletivas. O Art. 611-B, traz um rol de trinta incisos expondo os casos impossíveis de serem abarcados por Convenção ou acordo coletivo.

Pois bem, no Artigo 611-A da CLT, tem-se expresso os casos abrangidos pelas Convenções e Acordos e sua prevalência sobre o legislado, da mesma forma que, no Artigo 611-B da CLT, tem-se vedações às Convenções ou Acordos Coletivos.

Constata-se assim, que nenhum dos dispositivos traz considerações no que concerne ao tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores, e

nem casos de tratamento de dados na execução do contrato laboral. Como já se discutiu ao longo do presente trabalho, os dados pessoais são de suma importância na vida profissional das pessoas, por trazerem informações acerca de sua personalidade, particularidades de cada um e por isso merecem atenção e cuidado no tratamento.

Já que não se tem uma discussão em torno disso, pergunta-se: o tratamento dos dados pessoais dos empregados pode ser alvo de discussão em convenção ou acordo coletivo de trabalho? Prevalece o acordado na Convenção ou Acordo nos casos de tratamento de dados e informações de trabalhadores?

Em se tratando de dados relacionados a vida laboral, como registros do relógio ponto, dados referentes a datas de retiradas de férias, folgas, questões que se ligam exclusivamente com o vínculo empregatício e que não venham a gerar constrangimentos ao empregado podem ser tratadas e revisadas de forma coletiva. Situações trabalhistas pertinentes à execução do contrato de trabalho podem ser alvo de tratamento e revisão coletiva, contando que não venham a denegrir a intimidade e imagem do trabalhador.

A discussão principal, gira em torno dos dados sensíveis, que são aqueles referentes às características das pessoas, suas particularidades, religião, sexualidade, etnia, alguns casos envolvendo doenças, entre outros. Estes são exemplos de dados, que não podem ser motivo de discussão em acordo ou convenção coletiva, porque podem acarretar algum tipo de discriminação ou constrangimento sobre os titulares.

O Art.611-B, da CLT, traz os objetos ilícitos de convenção coletiva ou acordo coletivo, por serem protegidos pela Constituição Federal, acontece que, os dados pessoais que são compositores da intimidade das pessoas, também estão protegidos pela Constituição Federal que, traz em seu

Art.5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.<sup>17</sup>

Desta forma, tem-se mais um motivo, se não o principal, de mais peso, que protege o tratamento dos dados pessoais, a partir de acordo ou convenção coletiva. A privacidade é um Direito Constitucional, que não deve ser violado.

### **Conclusão**

A dinamização da tecnologia, impulsionou as relações como num todo, sobretudo, destaca-se aqui, o Direito do Trabalho, que foi fortemente atingindo, sendo o assunto em destaque no presente. As relações trabalhistas passaram a ser registradas através de programas online, plataformas digitais, onde os dados dos trabalhadores são depositados, e isso passou a chamar a atenção, pois, com a Vigência da Lei Geral da Proteção de Dados, veio uma forma de segurança para o tratamento dos dados pessoais.

Sendo uma Lei que no primeiro momento era destinada às empresas e aos consumidores, se mostrou de suma relevância ao ponto que oferta mais segurança aos dados das pessoas, passando também a se adequar à esfera trabalhista, protegendo ainda mais as relações laborais.

A presente monografia versa-se principalmente acerca da conjunção da LGPD e do Direito do Trabalho, precisamente, sobre a forma de tratamento dos dados laborais, especialmente na esfera coletiva. Isso porque, no Direito Coletivo o acordado prevalece sobre o legislado. Todavia, deve-se levar em consideração que dados pessoais são

---

<sup>17</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) BRASIL,1988.

peculiaridades, que quando expostos podem ferir a integridade, violando o preceito arguido na Constituição Federal que, assegura o direito à intimidade, imagem e honra.

Ademais, a LGPD da ênfase para a questão do consentimento, abordando as hipóteses de tratamento de dados com e sem o mesmo, o que possibilita ao leitor identificar se seus dados estão recebendo o tratamento adequado.

Assim, a partir deste estudo, foi plausível constatar que é impossível o tratamento de dados pessoais sensíveis em caráter coletivo, justamente pelo que já foi mencionado, a questão da personalidade e dos impactos que isso gera de pessoa para pessoa. Levando em consideração que os dados sensíveis são aqueles que versam sobre as características pessoais do titular, relevantes na sua formação como ser humano e que não possuem relação com a relação trabalhista. Ou seja, dados que envolvam vida sexual, etnia, religião, etc...

O estudo limitou-se a pesquisas bibliográficas, principalmente pela falta de jurisprudências acerca do assunto, uma vez que se trata de uma Lei relativamente nova. Soma-se, à questão de o Judiciário estar inerte, em razão da pandemia COVID-19, o que dificulta o andamento ajuizamento e andamento de processos.

Não são descartadas possibilidades de continuação de estudo, levando em consideração que a tendência da tecnologia é se expandir e aprimorar cada dia mais, conseqüentemente, será necessário frisar ainda mais o estudo sobre o direito no mundo virtual, para descobertas de novos meios de proteção e ainda a aprimoração dos meios de defesa de possíveis violações virtuais, sobre dados ou informações pessoais.

Como impressão final, destaca-se a relevância da Lei Geral da Proteção de Dados que se mostrou mais que necessária, pois, trouxe segurança aos titulares de dados que atualmente concentra cerca de

noventa por cento da população, sendo quase impossível alguém que ainda não tenha depositado um dado em uma plataforma digital. Essa proteção não se limita as penalidades impostas pela mesma, há também a exigência de pessoas capacitadas para o tratamento dos dados pessoais, o que acaba contribuindo muito para a segurança das informações de terceiros.

## **Referências**

RESENDE, R. Direito do Trabalho. Editora METODO. 8ª edição. 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989552/cfi/6/2!/4/2@0.0.0.0>>

NASCIMENTO, M, A. Curso de Direito do Trabalho. Ed 26ª. Saraiva. 2011. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/ conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>>

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria do direito do trabalho; relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2005.

MENDES, Laura Schertel, transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo., Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Pg. 47

VASCONCELLOS JUNIOR, Carlos Augusto Pinto de; FERREIRA, Victor Silva. Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas relações de trabalho: a necessidade de implantação do programa de compliance. Síntese. V. 31, n. 375, 2020.

MARTINI, V. A. LGPD A RELAÇÃO DE EMPREGO – ATÉ QUE PONTO A EMPRESA DEVE TER O CONSENTIMENTO DO EMPREGADO. 2020. Disponível em: <<https://aho.adv.br/blog/artigos/lgpd-e-a-relacao-de-emprego-ate-que-ponto-a-empresa-deve-ter-o-consentimento-do-empregado/#.YFuUZ69KJIU>>

ALVES, Amauri Cesar; ESTRELA, Catarina Galvão. Consentimento do trabalhador para o tratamento de seus dados pelo empregador: análise da subordinação jurídica, da higidez da manifestação de vontade e da vulnerabilidade do trabalhador no contexto da LGPD. Síntese. V. 31, n. 375, 2020. p. 25-39.

PINHEIRO, I; BOMFIM, V. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. Instituto trabalho em debate. 01 de outubro de 2020. Disponível em: <http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nasrelacoes-de-trabalho#sdfootnote5anc>. Acesso em: 06/04/2020

PINHEIRO, I. BOMFIM, V. A Lei Geral da Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. 2020. Disponível em: <<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho#sdfootnote18sym>>

CORREIA, Henrique. Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho. Henrique Correia - Direito do Trabalho. Disponível em: <[http://www.henriquecorreia.com.br/2018/11/blog-post\\_12.html](http://www.henriquecorreia.com.br/2018/11/blog-post_12.html)>

## **Mediação: meio consensual de solução de conflitos em empresas familiares**

*Egino Faller<sup>1</sup>*

*Regina Helena Marchiori Canali<sup>2</sup>*

### **Introdução**

O presente artigo propõe uma discussão sobre a Mediação e sua utilização em conflitos no âmbito das empresas familiares. Trata-se de uma análise da mediação, política pública de resolução de conflitos, dos mediadores e dos atores familiares envolvidos neste processo alternativo e menos invasivo para solucionar conflitos judiciais e extrajudiciais.

O direito precisa reinventar-se, ser criativo ao ponto de construir ferramentas novas, procedimentos eficientes para garantir o enfrentamento da nova realidade e sobretudo para satisfazer um conjunto de novos direitos cada vez mais complexo e desconectado da temporalidade e espacialidade modernas.

É neste contexto que este estudo tem a intenção de colaborar apresentando ou reapresentando uma maneira democrática de resolução de conflitos. Sabemos o quanto o Judiciário brasileiro está assoberbado de questões pendentes para resolver, pensando nisso é pertinente que devemos estudar outras formas de dirimir pendências jurídicas de forma mais rápida e com menos danos aos envolvidos. Dessa forma devemos

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido pelo aluno Egino Faller, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021. Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. [egino.faller66@gmail.com](mailto:egino.faller66@gmail.com).

<sup>2</sup> Regina Helena Marchiori Canali. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientadora da pesquisa realizada. [rhelena@upf.br](mailto:rhelena@upf.br). <http://lattes.cnpq.br/0833407587063846>

pensar uma sociedade democrática, que valoriza a diversidade e se fundamenta na proteção dos direitos humanos.

A negação do diálogo, a castração da diferença e a racionalização estereotipada, que marca os mecanismos tradicionais de solução de conflitos e que gera apenas soluções jurídicas formais e não sociais substanciais têm pautado também o conjunto de respostas/soluções dadas para resolver as crises operacionais do Poder Judiciário. A Jurisdição tradicional, além de ceder espaços e ser questionada por novas formas de solução de conflitos, é repensada a partir da eficiência do mercado e obrigada a “produzir” soluções jurídicas em tempo real, mesmo que isso signifique muitas vezes a perda de garantias processuais.

O grande desafio é humanizar o direito, a jurisdição, para poder compreender os conflitos sociais também em sua dimensão humana, e não apenas jurídica, o que permitirá reconhecer nas novas formas de litigiosidade a revelação das próprias formas da humanidade, que se reproduzem e se inovam, também, pelos conflitos sociais, uma sociedade complexa constitui-se de conflitos complexos, de conflitos não tabulados e não estereotipados, de conflitos que a racionalidade tradicional não consegue entender e atender.

De modo que a elaboração de um novo paradigma de resolução de conflitos deve ser conduzida a partir de pressupostos comprometidos com a ampliação e o fortalecimento das conquistas democráticas, portanto ressalta-se e justifica-se a importância deste modesto trabalho, que tenta apontar caminhos e colaborar para uma aceitável demanda do judiciário.

### **1 Mediação: meio consensual de solução de conflitos**

O meio consensual de solução de conflitos ou mediação, muito conhecido e na minha opinião não muito usado, é em outras palavras, um método alternativo e consensual, onde um terceiro facilitador auxilia as



partes para chegarem num consenso provocando um restabelecimento do diálogo e a busca de uma composição amigável.

Destaca Cachapuz, que, de tão antigo que é o instituto da mediação, “sua existência remonta aos idos de 3000 a.C, na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados”<sup>3</sup>. Com certeza, a presença da mediação mostrava-se no seio de quase todas as culturas mundiais, sendo legitimada pelas respectivas comunidades locais como forma eficaz e preponderante na resolução dos conflitos.

Preleciona Moore, que “culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e muitas culturas indígenas têm longa e efetiva tradição na prática da mediação”<sup>4</sup>. Conforme a análise de Calmon:

Se atualmente a função jurisdicional é responsabilidade do Estado, que a exerce em caráter exclusivo e indelegável no passado a resolução dos conflitos era distribuída de forma nada unânime, de acordo com a cultura local e de suas tradições, através de intervenção de mediadores ou árbitros<sup>5</sup>.

Nesse tempo a mediação, sofria muito a influência de grupos locais e suas tradições, principalmente pela cultura própria de cada segmento, comprometendo a isonomia e equidade na discussão dos conflitos.

Especificamente sobre a mediação, conforme Moore<sup>6</sup> tem-se notícia de que a Igreja Católica, através de seus representantes, atuava como mediadora entre seus seguidores, sendo a principal organização de mediação até a Renascença, cabendo ao clero mediar conflitos familiares, criminais e disputas entre a nobreza<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 24-27.

<sup>4</sup> MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 32-34.

<sup>5</sup> CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 174.

<sup>6</sup> MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**, p. 32.

<sup>7</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010. p. 18.

De acordo com Cachapuz, igualmente, a mediação no direito romano, berço da legislação de muitos países<sup>8</sup>. Na Roma antiga, o arcaico *Diritto Fecciali*, expressão caracterizadora de um direito e de uma justiça provida da fé e da religião, era uma das formas mais encontradas de resolução de conflitos, onde a base funcional era a mediação<sup>9</sup>. Na China, durante o período de Confúcio (cerca de 550-479 a.C.), os chineses eram influenciados pelas ideias desse filósofo que:

Acreditava ser possível construir-se um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas. Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e de acordos e nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de poder. Por tal razão que nessa época, na China, a resolução de eventuais conflitos através do processo era considerada algo desonroso entre os chineses e que atentava contra a pacificação social<sup>10</sup>. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p.64).

Para tanto, era sempre necessário que se encontrasse a solução do impasse através de técnicas conciliativas, cujo acordo fosse construção das partes e não da imposição coercitiva de outrem. Dessa forma, a mediação era amplamente utilizada na China e inserida culturalmente na comunidade chinesa, sendo, inclusive, técnica utilizada até hoje entre os meios de tratamento de conflitos. No entanto, embora muito antiga, a mediação, como técnica e sistema estruturado e organizado, tem seu aparecimento mais recentemente, apenas a partir do século XX. Explica

---

<sup>8</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**, p. 24.

<sup>9</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos, p.18.

<sup>10</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 64.

Moore, que “a prática moderna da mediação se expandiu exponencialmente pelo mundo, sobretudo nos últimos 25 anos”<sup>11</sup>.

Os Estados Unidos são o primeiro país a estruturar a mediação como uma forma alternativa de resolução de conflitos, a fim de evitar a burocracia forense, a morosidade processual, os altos custos judiciais, Conforme Calmon:

Coerente com a cultura liberal (que domina não só a política, a economia e a sociedade, mas também o direito), em um país onde não se aceitam facilmente barreiras à liberdade de contratar, não surgiram fortes obstáculos ou oposição política à prática dos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos<sup>12</sup>.

Entende-se que pela cultura do povo americano mais liberal e já afeito a novas tendências como a desburocratização judicial, facilitou a implementação e o surgimento de soluções mais rápidas e eficientes para os conflitos judiciais e extrajudiciais.

No Brasil, preleciona Cachapuz, se tem notícia da mediação desde o século XII, embora nunca prevista em nossas legislações<sup>13</sup>. Fagundes, ensina que “no decorrer do período monárquico e nos primórdios da República, o direito brasileiro conheceu, pois, a busca da prévia conciliação entre as partes, visando à preservação da paz e ao afastamento da eternização das lides judiciais”<sup>14</sup>. Dessa forma, culturalmente, no passado, existia a tendência nacional de adotar os chamados meios alternativos, entre eles, a mediação, como forma de resolver as pendências existentes, embora ausentes, de forma concreta e explícita, normas regulamentadoras da mediação no Brasil.

---

<sup>11</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos, p. 19.

<sup>12</sup> CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**, p. 174.

<sup>13</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**, p. 25.

<sup>14</sup> FAGUNDES CUNHA, J. S. **Da mediação e da arbitragem endoprocessual**. In: GENESIS. Revista de Direito Processual Civil. ano II. n. 6 (setembro-dezembro), p. 640.

Conforme artigo primeiro da Lei 13.140/15, Lei da Mediação, esta forma de autocomposição poderá ser usada para tentar a solução de conflitos entre particulares e no âmbito da administração pública, pois conflitos estão em todas as esferas da sociedade, cabe ressaltar que a mediação está intrinsecamente ligada ao conflito<sup>15</sup>.

Este por sua vez, na perspectiva da mediação, extravasa a tradicional definição jurídica de que a lide se traduz em uma pretensão resistida, a mediação propõe uma abordagem mais ampla do conflito, envolve aspectos não somente jurídicos, mas também sociológicos, psicológicos e filosóficos. Ainda, destacamos que:

Como uma primeira noção de mediação, pode-se dizer que além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro-mediador (agente público ou privado) - que tem como objetivo solucionar pacificamente as divergências entre as pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou menor desgaste possível), preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que o vinculam.<sup>16</sup> (Bacellar, 2012, p. 85).

Para tanto, a mediação deverá procurar a solução para o conflito que com sua capacidade transformativa, devolverá o bom relacionamento evitando ou amenizando desgastes maiores ou abrindo possibilidades para um bom entendimento. Bem importante para definição conceitual da mediação é a explicação de Levy:

---

<sup>15</sup>Art. 30- Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. § 1º [...] I - Declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

<sup>16</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85.

Com tantas possibilidades e riquezas de abordagens, entendemos Mediação como um meio consensual e voluntário de preservação, condução e pacificação de conflitos, conduzido pelo mediador, pessoa que, devidamente capacitada, atua com terceiro imparcial, sem o poder de julgar ou sugerir, acolhendo os mediando no sentido de propiciar-lhes a oportunidade de comunicação recíproca e eficaz para que eles próprios construam conjuntamente a melhor solução para o conflito<sup>17</sup>.

A mediação tem características únicas que buscam preservar vínculos entre as pessoas e por isso é recomendável para relações de vários e múltiplos vínculos, entre pessoas que, por amizade, laços de família, vizinhança ou de trabalho, já mantiveram relacionamentos anteriores, essas características propiciam uma maior facilidade para solução de conflitos, principalmente, porque essa proximidade facilita uma eficaz comunicação entre os envolvidos.

De outro modo, para fazer este estudo é importante salientar que a mediação está definida como Política Pública. A compreensão de política pública se refere tanto às interações, alianças e conflitos, em um marco institucional específico quanto aos diferentes atores públicos, paraestatais e privados com o objetivo de resolver um problema coletivo que demanda uma ação concentrada<sup>18</sup>. Assim, compreende-se política pública como um conceito complexo, abrangendo conteúdo, nível de engajamento para legitimar a escolha, competência de quem o pratica, necessária provisoriamente e abertura democrática para ligar uma série de discursos<sup>19</sup>.

Conforme aponta Gimenez, o Poder Judiciário tem enfrentado o desafio de alargar os limites da sua jurisdição, modernizar as suas

---

<sup>17</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**. A mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013. p.93.

<sup>18</sup> SUBIRATS, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONE, Frédéric. **Análisis y gestión de políticas públicas**. 2. ed., Barcelona: Editorial Planeta. p. 37.

<sup>19</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013. p. 58.

estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para permanecer com o *status* de poder autônomo e independente<sup>20</sup>. Já para Spengler, afirma que a crise do Judiciário perpassa por dois pontos: a) crise de identidade, aqui compreendida enquanto embaçamento do papel do Poder Judiciário como mediador central dos conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade dos conflitos; b) e crise de eficiência, vista a partir da impossibilidade de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa com a qual se depara<sup>21</sup>. Ademais,

indica-se que a crise de eficiência da jurisdição decorre, também, da crise estrutural (dificuldades de infraestrutura, de pessoal, de equipamentos, de custos); crise objetiva (em decorrência da linguagem técnico-formal, utilizada nos procedimentos e ritos forenses, burocratização, morosidade e acúmulo de demandas); crise subjetiva ou tecnológica (incapacidade de lidar com as novas realidades e complexidades); e crise paradigmática (relacionada aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para buscar o tratamento pacífico dos conflitos)<sup>22</sup>.

Assim, resta identificado o problema que justifica a formulação da política pública ora abordada. Portanto, nesse rumo, insere-se a mediação como meio compartilhado, eficiente e adequado de tratar conflitos, razão pela qual a Resolução n<sup>o</sup> 125/2010, uma política pública nacional, reconheceu como forma complementar de tratamento adequado de conflito, orientada em uma cultura de paz, a qual ultrapassa a jurisdição

---

<sup>20</sup> GIMENEZ, Charlise Paula Colet **O mediador na resolução 125/2010 do CNJ**: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas. /Charlise Paula Colet Gimenez; Fabiana Marion Spengler. – Águas de São Pedro: Livro novo, 2016. p. 198.

<sup>21</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos da Mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. Disponível em: [www.esserenelmondo.com](http://www.esserenelmondo.com). Acesso em: 1 jul. 2021. p. 17;26-27.

<sup>22</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos da Mediação**, p. 17;26-27.

tradicional, e utiliza práticas consensuais e autônomas que devolvem ao cidadão a capacidade de tratar o seu próprio litígio<sup>23</sup>.

Dessa forma, afirma-se que o reconhecimento da mediação como política pública foca na realização das necessidades essenciais e na existência de um processo democrático de descentralização, participação e comunicação. Destarte,

a mediação cumpre o objetivo de atender às necessidades de cada parte, devolvendo a elas a capacidade de encontrar a resposta mais adequada ao seu conflito. Nesse norte, a Resolução nº 125 trata de uma política pública nacional de acesso a uma ordem jurídica célere e justa ao apresentar os métodos consensuais como instrumentos de cultura de paz, no entanto, apresenta falhas no atendimento adequado ao tipo do conflito e às necessidades dos conflitantes para ser considerada satisfatória<sup>24</sup>.

Ademais, com este breve estudo realizado, compreende-se que a Resolução nº 125 do CNJ é uma política pública de tratamento adequado de conflitos uma vez que diante do reconhecimento da necessidade de satisfação das pessoas envolvidas em um conflito, as quais têm interesses e desejos não atendidos, os métodos complementares e adequados orientam-se pela ética da alteridade, reivindicando a recuperação do respeito mútuo e fortalecendo valores fundamentados na fraternidade e na solidariedade, a partir do restabelecimento da comunicação e do diálogo<sup>25</sup>.

Longe de exaurir a discussão sobre este mecanismo ou ferramenta de Resoluções de Conflitos, a Mediação está aí como um instrumento

---

<sup>23</sup> GIMENEZ, Charlise Paula Colet **O mediador na resolução 125/2010 do CNJ**, p. 200.

<sup>24</sup> GIMENEZ, Charlise Paula Colet **O mediador na resolução 125/2010 do CNJ**, um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas, p. 202.

<sup>25</sup> GIMENEZ, Charlise Paula Colet **O mediador na resolução 125/2010 do CNJ**: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas, p. 67.

democrático, ágil e econômico para contribuir com o desafogamento das lides judiciais.

A Mediação no ordenamento jurídico brasileiro está prevista na lei específica nº. 13.140, de 26 de junho de 2015, bem como no Código de Processo Civil, art. 3º, §3º; art. 165, caput; art. 166, caput, e §§ 2º e 4º; art. 334, caput, §§ 1º, 2º, 7º e 1228; art. 359, caput; art. 565, caput, e §1º; art. 694, caput, parágrafo único; art. 695, caput; e art. 696, caput, devidamente inclusos no código de processo civil. A referida lei dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O parágrafo único do art. 1º da Lei 13.140/2015 define a mediação como: uma atividade técnica exercida por uma terceira pessoa neutra, que deve ser aceita pelas partes ou escolhido, deverá auxiliar e estimular o desenvolvimento de soluções consensuais para auxiliar nas controvérsias.

Ainda, a mesma Lei expõe as características básicas que devem existir nos procedimentos de mediação, enumerando em seu art. 2º os princípios norteadores da mediação.

Esses princípios norteadores da mediação estão previstos nos diversos códigos de ética das variadas instituições e têm os contornos construídos pela doutrina, além de serem mencionados na Lei nº 13.140/2015 e no novo Código de Processo Civil.

O princípio da imparcialidade implica, basicamente, no impedimento de qualquer vínculo ou interesse do mediador com as partes. Este princípio é reforçado dentro da mesma lei (13.140/15) através do parágrafo único do art. 5º, segundo o qual o mediador “tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar



dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas”<sup>26</sup>.

Quanto ao princípio da isonomia entre as partes (Lei 13.140/15), em apertada síntese, prega que o mediador deve possuir igual tratamento para com ambas as partes, dando-lhes as mesmas oportunidades durante o curso do procedimento. Na mesma Lei, o princípio da oralidade, por sua vez, sugere a não utilização de registro ou gravação dos atos durante o procedimento de mediação, também em função do princípio da confidencialidade e mostra a necessidade de as sessões serem orais sem regras formais para se entender melhor o que se está falando.

A celeridade que o procedimento da mediação pode ofertar ante a burocratização do processo judicial se dá, em grande parte, em função da informalidade, que ambiciona, basicamente, possibilitar o melhor resultado útil do procedimento, inclusive pela diversidade de meios pelos quais a lide pode ser solucionada este é o Princípio da Informalidade.

A mediação é um procedimento não adversarial e voluntário, que visa proporcionar soluções consensuais, não impositivas. Somente se inicia o procedimento de mediação ante a vontade das partes, as quais, frise-se, não são obrigadas a permanecer no procedimento, em consonância com o princípio da autonomia da vontade das partes.

Ressalta-se, que o Princípio da busca do Consenso na mediação, somente será bem sucedida se houver acordo entre as partes de fato, bem-querida pelas partes conflitantes, vez que somente assim chegarão a um comum acordo, ou seja ao consenso.

Um dos Princípios mais importante nesse processo é o da confidencialidade. O dever de confidencialidade aplica-se às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e demais pessoas que tenham

---

<sup>26</sup> BRASIL, Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em 20/04/2020.

participado do procedimento. A lei da mediação nº 13.140/15 descreve, ainda, o alcance da confidencialidade.

Há somente duas exceções ao princípio da confidencialidade que são concernentes às informações relativas à ocorrência de crime de ação pública e àquelas que devem ser prestadas à administração tributária, o que somente se dará após o termo final da mediação.

Para finalizar os princípios e com uma certa relevância, a boa-fé é um princípio geral, aplicando-se a qualquer ramo, bem como a quaisquer das formas de solução de lides, seja por autocomposição ou por heterocomposição, devendo ser observada em todas as fases de qualquer procedimento. Este princípio rege os atos das partes, e do terceiro mediador.

Importante observar que é necessário que haja o conflito, divergências, imbróglis judiciais ou extrajudiciais, e que muitas vezes são ocultos, não são aparentes, é que aparece a figura do mediador. Nessa linha de raciocínio Warat diz que, confirmado o aspecto oculto do conflito, ensina que nem mesmo os mediandos conhecem os segredos de suas enunciações, o que torna a linguagem incompleta, refere-se o autor a “cegueira dos sentidos” e acrescenta que é impossível que uma pessoa, solitariamente, deixar de estar cega de sentidos, a pessoa precisa do outro, para que conjuntamente, “interpretar para se encontrar no “entrelós de seus vínculos, de seus corações”<sup>27</sup>:

O trabalho de interpretação dá-se porque o espaço simbólico está marcado pela incompletude. A linguagem é incompleta porque cada enunciação contém um segredo. É na encruzilhada dos segredos da enunciação que se produz a diferença como encontro de alteridade. O segredo é o que inaugura, pelo menos em meus trabalhos, a semiótica do reprimido: a cegueira dos sentidos.

---

<sup>27</sup> WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. V. 1. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 26.

Ora, é impossível que uma pessoa solitariamente consiga deixar de estar cega dos sentidos. Necessitamos do outro e de um terceiro que nos ajude na interpretação e na escuta (o psicólogo ou o mediador que ajude a escutar o outro do conflito e, assim, permitir a escuta de si mesmo). Isso não quer dizer, de nenhuma maneira, que cabe ao mediador interpretar. O que o mediador faz é ajudar na interpretação das partes. Elas é que devem no entre-nós de seu vínculo, de seus corações, interpretar para se encontrar no entre nós de seus vínculos, consigo mesmas<sup>28</sup>.

Neste sentido o autor faz uma abordagem mais afetiva, porque a escuta dá a possibilidade de entender ou imaginar que alguém está auxiliando, isso torna uma relação mais humana. Neste contexto, caberá ao mediador criar ambiente propício para que os mediados consigam enxergar o conflito de forma abrangente, percebendo, ainda que intuitivamente, o que está escondido por debaixo das posições externadas.

O Mediador, é necessário enfatizar, que ele tem como objetivo solucionar pacificamente as divergências entre as pessoas, fortalecendo suas relações, preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que o vinculam. O mediador é aquele que:

Ajuda as partes principais a chegarem, de forma voluntária, a um acordo mutuamente aceitável das questões em disputa [...] O objetivo do mediador é ajudar as partes a negociarem de maneira mais efetiva. O mediador não resolve o problema nem impõe solução, sua função é ajuda-los a buscar o melhor caminho e fazer com que estejam de acordo depois de encontrada (sic) as soluções. O mediador tem controle do processo, mas não dos resultados<sup>29</sup>.

De outra forma, Muszkat, observa que a “mediação implica um saber, uma episteme, resultantes de vários outros saberes, cuja transversalidade fornecerá o instrumental para uma prática que pressupõe a planificação e

---

<sup>28</sup> WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**, p. 12.

<sup>29</sup> DUZERT, Y.; SPINOLA, A.; BRANDÃO, A. **Negociação**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 41

aplicação de uma série de passos ordenados no tempo”<sup>30</sup>. Acrescenta que o mediador receba, inclusive, formações de diversas áreas do saber, como psicologia, direito, filosofia e teoria da comunicação.

Acerca do processo de mediação, o mediador tem vários papéis, funções e objetivos para garantir que, mesmo sem acordo, as partes tenham a oportunidade de se comunicar e saiam satisfeitas do processo. Azevedo, traz esses papéis, funções e objetivos. Segundo o autor,

o mediador deve atuar como defensor do processo, não devendo demonstrar parcialidade quanto às questões de mérito, ou seja, quem tem ou não tem razão sobre determinada questão. Contudo, deve estar engajado na defesa do regular seguimento do processo, atento às garantias e aos direitos inerentes a cada parte no transcorrer do processo de mediação<sup>31</sup>.

A entonação da voz do mediador pode produzir reações das partes. Do tom mais moderado ao mais incisivo, a voz constitui um importante mecanismo de controle da sessão de mediação. Trata-se de um modelo de comportamentos para as partes. A todo momento dirige a forma como as partes agem no processo por meio de suas próprias atitudes, que são exemplos, por meio de gestos, seu modo de se comunicar e seu semblante. Seu comportamento não deve transparecer preocupações pessoais nem se deve fixar o olhar sempre em um mesmo participante.

A identificação dos interesses das partes é etapa essencial para a obtenção de um acordo no processo de mediação, pois as partes ao perceber as perspectivas e necessidades uma da outra, tornam-se mais cientes da plenitude da causa na solução das questões corretas quando da

---

<sup>30</sup> MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos**: em famílias e organizações. 3. ed. ed. São Paulo: Summus, 2008. p. 12.

<sup>31</sup> AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2015. p. 219-221.

elaboração do acordo<sup>32</sup>. Deve-se lembrar que, quando as partes percebem que seus sentimentos e emoções foram bem recebidas e aceito pelo mediador, sentem que podem confiar nele e no processo. Isso não significa concordar com o que a parte diz, pois, o mediador deve ser imparcial. Significa que a parte foi ouvida e sua mensagem foi passada ao mediador. Trata-se de transmitir às partes a confiança no mediador e no processo como um todo.

A resposta apropriada e as palavras corretas, no momento certo, garantem o máximo proveito da mensagem. Controlar a língua é uma virtude de todo o ser humano e um dever do mediador<sup>33</sup>.

A postura do mediador é mais passiva em relação ao mérito, na medida em que ele não pode sugerir soluções e deve apenas ampliar a discussão, abrir o leque de possibilidades, a fim de que a comunicação se estabeleça de maneira a facilitar que os interessados possam, com base nas questões levantadas, além da lide, compreender seus interesses e encontrarem eles próprios as soluções que entenderem adequadas.

Por outro lado, deve o mediador ter uma postura mais ativa em relação à investigação dos fatos, ao estabelecimento da comunicação, ao levantamento das questões e à identificação dos interesses. A partir daí os próprios interessados, estimulados pelo mediador, poderão perceber, por eles mesmos, os interesses comuns e encontrar as soluções consensuais com base em propostas por eles revelados, com a finalidade do encontro de benefícios mútuos<sup>34</sup>.

O amparo jurídico para o exercício da função de mediador estão, na Resolução 125/10 CNJ, na seção III, Dos Conciliadores e Mediadores, no artigo 12 e parágrafos, e no anexo- Código de Ética de Conciliadores e

---

<sup>32</sup> AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**, p. 219-221.

<sup>33</sup> AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**, p. 219-221.

<sup>34</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94.

Mediadores Judiciais e na Lei da Mediação (13.140/15), seção II, Dos Mediadores, Artigo 4º até o 13º seus parágrafos e mais o CPC.

O mediador, no exercício desta atividade deve manter-se equidistante dos mediados, e isento, propiciando um ambiente de tranquilidade e apto à retomada da comunicação. Lembrando ainda a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 1º, que institui a Política Nacional de tratamento de conflitos de interesses:

A importante temática da isenção aparece também na Resolução 125 do CNJ, segundo a qual imparcialidade corresponde ao “dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presentes<sup>35</sup>.

Para tanto, o mediador deverá oferecer oportunidade iguais para ambos os mediados, o importante, em suma, é que o mediador não favoreça a nem um dos mediados, preservando o equilíbrio da sessão e mantendo conduta isenta.

## **2 As empresas familiares**

A organização de atividades empresariais por pessoas com vínculo de parentescos surgiu como movimento natural da economia, cujas primeiras unidades produtivas se formaram no setor da agroindústria. Posteriormente, esse fenômeno expandiu-se também para outros setores da economia, como prestação de serviços, comércio etc., sendo a empresa familiar um modelo bastante presente na economia brasileira<sup>36</sup>. Embora

---

<sup>35</sup> GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 52.

<sup>36</sup> PLETI, Ricardo Padovini. **Empresas familiares & famílias empresárias: desafiadora transição entre duas realidades sistêmicas**. In: (Coords.) COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES Marcelo Andrade. *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

já tenhamos conceituado a empresa familiar. Prado sintetiza os conceitos mais recorrentes:

Dentre os conceitos existentes, ressaltamos alguns dos mais recorrentes: (I) a empresa familiar é aquela que se identifica com uma família há pelo menos duas gerações, pois a segunda geração que, ao assumir a propriedade e a gestão, transforma a empresa em familiar; (II) é familiar quando a sucessão da gestão, está ligada ao fator hereditário; (III) é familiar quando valores institucionais e a cultura organizacional da empresa se identificam com os da família; (IV) é familiar quando a propriedade e o controle acionário estão preponderantemente nas mãos de uma ou mais família<sup>37</sup>.

Todavia, Eduardo Goulart Pimenta, afastam a necessidade de alguns requisitos citados. Frisam eles que, por exemplo, não é necessário que pelo menos um membro da família faça parte da presidência, já que a sociedade pode ter pessoas estranhas na administração. Da mesma forma, seria desnecessário que a empresa tivesse sido originalmente constituída por membros da mesma família, pois ela pode, por exemplo, ter sido adquirida posteriormente pela família<sup>38</sup>.

Os mesmos autores fazem referência ao art. 966 do Código Civil e lembram que, enquanto empresa é a atividade, empresário é o sujeito titular de direitos e deveres que exerce essa atividade. E esclarecem que empresa familiar é tão somente a sociedade empresária que se especifica por ser composta e controlada por sócios ligados por laços familiares:

A primeira preocupação de um estudo sobre o conceito de empresa familiar deve ser a própria imprecisão técnica inerente à expressão analisada. Conforme se extrai da definição de empresário expressa no art.966 do Código

---

<sup>37</sup> PRADO, Roberta Nioac. **Empresas Familiares- Governança Corporativa, Governança Familiar, Governança Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.4-5

<sup>38</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart; ABREU, Maira Leitoguinhos de Lima. **Conceituação jurídica da empresa familiar**. In: COELHO, Fabio Ulhoa; FERES, Marcelo Andrade. **Empresa familiar: estudos jurídicos**. São Paulo, 2014. p. 57.

Civil, empresa é a atividade econômica exercida profissionalmente e de forma organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Não há dúvida de que empresa é a atividade e empresários são os sujeitos titulares de direitos e obrigações que exercem tal atividade. É o empresário que, nos termos do Código Civil, tanto pode ser a pessoa física, que se dedica à atividade empresarial em seu nome e por sua conta e risco (o empresário individual), quanto também a pessoa jurídica, constituída sob a forma de sociedade, para o exercício de empresa (as chamadas sociedades empresárias)<sup>39</sup>.

Nessa mesma linha de pensamento, comenta Pimenta:(2014, p. 3):

É o empresário que, nos termos do Código Civil, tanto pode ser a pessoa física que se dedica à atividade empresarial em seu nome e por sua conta e risco (o empresário individual) quanto também a pessoa jurídica, constituída sob a forma de sociedade, para o exercício de empresa (as chamadas sociedades empresárias)<sup>40</sup>.

Neste contexto, nota-se que a usualmente referida “empresa familiar” é, nos termos do Código Civil, na verdade a sociedade empresária (e não a empresa) que, por ser composta por sócios ligados por laços familiares, destaca-se e especifica-se<sup>41</sup>.

Diversos estudos apontam para a primazia desse tipo de organização em economias avançadas e emergentes, contribuindo de maneira significativa para a geração de emprego e renda. A importância das empresas familiares está relacionada ao processo de transformação e evolução pelo qual o mundo tem passado, considerando-se o campo político, social, cultural e econômico.

---

<sup>39</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart; ABREU, Maira Leitoguinhas de Lima. **Conceituação jurídica da empresa familiar**, p. 53.

<sup>40</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart; ABREU, Maira Leitoguinhas de Lima. **Conceituação jurídica da empresa familiar**, p. 3.

<sup>41</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart; ABREU, Maira Leitoguinhas de Lima. **Conceituação jurídica da empresa familiar**, p. 3.



Em torno de 80% das empresas segundo Bernhoeft, existentes na América do Norte e Europa são de propriedade familiar<sup>42</sup>. No Brasil, mais de 90% dos negócios empresariais são familiares, e estas empresas empregam mais de 60% da mão de obra que atua no mercado de trabalho<sup>43</sup>.

O que deve ser destacado, é seguramente, no modo de funcionamento e nas relações de controle da sociedade, elementos essenciais da empresa familiar. Tanto que, quando o poder decisório deixa de ser exercido pela família função da perda do controle acionário, a empresa deixará de ser familiar. E, não havendo mais influência da família sobre as decisões, a empresa passará a ter outra dinâmica de funcionamento<sup>44</sup>.

A Empresa Familiar, normalmente se inicia com a ideia de um empreendedor, que vai acrescentando seus familiares no processo. Logo, a empresa familiar acaba tornando-se uma organização complexa pelo fato de inserir duas instituições num mesmo ambiente: a família e a empresa, e apesar da existência de muitos estudos sobre o tema, ainda não existe um consenso entre os teóricos e estudiosos sobre o conceito de empresa familiar. Antes de se apresentar o conceito de empresa familiar faz-se necessário compreender o conceito de empresa e o conceito de família.

Expõe Adachi (2006), que as empresas são caracterizadas por serem entidades com personalidade diferente e independente dos seus proprietários administradores, e por isso, podem ter direitos e obrigações próprios. Esse entendimento sobre a separação que existe entre pessoa

---

<sup>42</sup> BERNHOEFT, R. **Empresa Familiar: sucessão profissionalizada ou sobrevivência comprometida**. São Paulo: Nobel, 1989.

<sup>43</sup> FREITAS, Ermani Cesar de; FREZZA, Cleusa Maria Marques. **Gestão e Sucessão em Empresa Familiar. Gestão e Desenvolvimento**, Novo Hamburgo, RS, v. 2, n. 1. p. 31-43, jan. 2005. p. 40.

<sup>44</sup> ADACHI, Pedro Podboi. **Família S.A.: gestão de empresa familiar e solução de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 21.

física e jurídica faz-se necessário, especialmente quando se trata de empresas familiares, já que nelas deve ser clara a distinção entre empresa e seu proprietário para que a gestão possa ser bem efetuada<sup>45</sup>.

Já família, segundo o mesmo autor, num sentido mais estrito, seria apenas um casal e seus descendentes, e, num plano mais amplo, são incluídas pessoas com vínculos sanguíneos ou jurídicos, sendo essas pessoas denominados parentes. Da união desses conceitos, têm-se a empresa familiar, que é toda organização na qual uma ou poucas famílias concentram o poder de decisão envolvendo controle da sociedade e, eventualmente, participam da gestão. Ainda sobre família, afirma Serpa:

[...] as famílias, geralmente, operam de acordo com suas próprias leis, e são rebeldes à imposição de padrões de terceiros. Quando são pressionadas, tomam a justiça em suas próprias mãos, e ignoram decisões [...] A realidade dos conflitos familiares contém um indistinto emaranhado de conflitos legais e emocionais, e quando não são resolvidos pelos protagonistas transformam-se em disputas intermináveis em mãos de terceiros [...]<sup>46</sup>.

Quanto as empresas familiares, trata-se de famílias que possuem ou administram suas empresas ou empreendimentos e que tem como característica central a ligação por laços sanguíneos<sup>47</sup>.

Os filhos, geralmente, são preparados tecnicamente para assumir a gestão dos negócios. Entretanto, torna-se essencial que, ao longo da vida, eles sejam também preparados para se tornar herdeiros. O herdeiro sucessor tem que ter competência para o comando, liberdade para ser autêntico, estilo e autonomia para a gestão, além de ser legitimado pela

---

<sup>45</sup> ADACHI, Pedro Podboi. **Família S.A.:** gestão de empresa familiar e solução de conflitos, p. 19.

<sup>46</sup> ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família.** 2. ed., ver. e amp. São Paulo: Ícone, 2009.

SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar.** Fortaleza: Expressão Gráfica Editora, 2006. p. 45.

<sup>47</sup> BERNHOEFT, R. **Empresa Familiar:** sucessão profissionalizada ou sobrevivência comprometida, p. 179.

família. Outro fator importante, o sucessor precisa ser indicado, mas ele também deve ter certeza de que está preparado para dirigir, comandar e liderar<sup>48</sup>.

Afirma Bernhoeft, que uma empresa é familiar quando tem membros da família do fundador trabalhando ativamente e com poder de decisão dentro da organização, considera ainda que uma característica geral da Empresa Familiar é a que, essencialmente é uma ideia que deu certo, graças a persistência de seu idealizador e de seus familiares. Este autor também faz uma relação entre o comportamento empreendedor do fundador e os processos de sucessão e profissionalização<sup>49</sup>.

Com certeza, é inegável a importância das empresas familiares, já que são com frequência, objeto de estudos e discussões, seja no âmbito econômico, social, cultural etc. Essas empresas sempre exerceram um papel de relevância na economia nacional e mundial, e exercem influência na economia de diversos países, em especial na brasileira e principalmente para a região na qual se encontram, seja em relação a sua produtividade, empregabilidade ou ainda ao potencial de desenvolvimento que podem proporcionar.

Defende Lodi que a organização familiar, pela sua constituição e natureza, apresenta certas características que favorecem e outras que são prejudiciais ao desenvolvimento empresarial. Os conflitos podem surgir como características negativas de interesse entre família e empresa podem resultar em descapitalização da empresa, falta de disciplina da gestão empresarial, utilização ineficiente dos administradores não familiares e excesso de personalização dos problemas administrativos<sup>50</sup>. Também o

---

<sup>48</sup> LIMA, Maria José Oliveira. **As empresas familiares da cidade de Franca: um estudo sob a visão do serviço social** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. p. 89.

<sup>49</sup> BERNHOEFT, R. **Empresa Familiar**: sucessão profissionalizada ou sobrevivência comprometida, p. 179.

<sup>50</sup> LODI, João Bosco. **A empresa Familiar**. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 4.

uso indevido dos recursos da empresa por membros da família. Essa atitude é fruto da falta de normas, procedimentos e racionalização da administração, fator que pode levar a empresa à situação de instabilidade e dificuldades financeiras.

Outro tipo de conflito é a falta de sistema de planejamento e de procedimentos formais de gestão. O microgerenciamento ou pequena visão empresarial é comum entre as empresas familiares. Essa realidade possibilita a informalidade, levando à ausência de planejamento formal, trazendo sérios problemas no processo produtivo e financeiro da empresa. A resistência à modernização do processo de gestão, de produção, comercialização e distribuição das mercadorias e serviços. A dificuldade em aceitar e acompanhar as mudanças em processo reflete diretamente na competitividade do mercado.

Por fim, a ausência de política de recursos humanos. O não estabelecimento de política de seleção, de treinamento e de desenvolvimento das pessoas abre possibilidade para promoções e contratações a partir do grau de parentesco, sem critérios formais e profissionais.

Por outro lado, Lodi argumenta que as empresas familiares, muitas vezes, conseguem garantir o sucesso, tendo em vista algumas características inerentes a esse tipo de organização<sup>51</sup>.

Na organização familiar os gestores estão presentes de forma permanente na empresa e os empregados se identificam melhor com este tipo de estrutura, conseguindo uma aproximação positiva. Geralmente, a relação entre funcionários e dirigentes, escolhidos ou eleitos para cumprir um determinado período de tempo, é sempre mais distante. A boa reputação do nome da família no ambiente interno e externo, através da

---

<sup>51</sup> LODI, João Bosco. **A empresa Familiar**. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 86-87.

confiabilidade, favorece o processo de negociação e de conquista de mercado.

A sucessão de familiares competentes na direção dos negócios contribui para garantir o respeito e a confiança na empresa. O bom relacionamento e a proximidade entre o Conselho de Administração, a Diretoria Executiva e a Assembleia dos Acionistas facilitam a comunicação e garante o sucesso empresarial.

O grupo familiar pode tomar decisões abrangentes e globais sem ter que dar respostas a pessoas e estruturas alheias sobre problemas típicos de uma organização empresarial. O nível hierárquico é mais simples, pois possui apenas três ou quatro níveis acima do operacional, o que agiliza as decisões e ações refletindo no melhor atendimento dos clientes. As empresas familiares reconhecem que sua sobrevivência depende de valores expressos na cultura organizacional e, com base nela, define sua missão. Tradicionalmente, essas empresas cultivam valores como harmonia, união, senso de equipe, ética e moral. Ter visão única e conjunta sobre a missão da empresa na sociedade constitui fator positivo da administração da emoção em favor do negócio. Assim como a maioria das famílias sobrevive a conflitos, as empresas que se solidificam têm vocação que permeia toda a estrutura.

E ainda, o empreendedor, na empresa familiar, domina todo o processo de produção, da gestão da força de trabalho, da comercialização dos produtos e também dos aspectos externos à organização que interferem na sobrevivência da mesma. Conhece o negócio e sabe avaliá-lo sem depender de tecnologia e de diversos relatórios. Esse conhecimento se torna importante vantagem para a empresa familiar e seus empreendedores.

Quanto aos aspectos favoráveis da empresa familiar. Lima destaca o comprometimento, o conhecimento, a flexibilidade do tempo, o trabalho e

dinheiro, a percepção de longo prazo, a cultura estável, o processo decisório rápido, além de confiança e orgulho<sup>52</sup>.

A partir das análises realizadas nota-se importante associação de valores individuais dos participantes de uma família nos aspectos mais relevantes da administração empresarial. O conjunto desses fatores fortalece a empresa familiar e, da mesma forma, quando há ruptura de um dos aspectos, verifica-se a perda da unidade, ao conseqüente enfraquecimento do grupo familiar. A empresa familiar também se caracteriza por alguns elementos presentes no espaço empresarial.

Esses elementos, conforme Werner, constituem o universo do empreendedor, representado por ele mesmo, pela esposa, pelos filhos, pelos agregados, pelos netos e profissionais integrados aos quadros sócios-funcionais<sup>53</sup>. O empreendedor é o fundador do negócio, alguém com características reconhecidas cujas qualidades foram essenciais para o surgimento e o desenvolvimento da empresa. Possui habilidades que combinam integridade e honestidade com respeito e responsabilidade para com a sociedade. Através da missão empreendedora concretiza funções importantes ao bem-comum da sociedade.

Ainda conforme o mesmo autor antes de assumir o comando da empresa há necessidade em ser aceito pelo meio interno e externo no qual vai atuar. O mercado, principalmente, precisa conhecê-lo antes de assumir a direção empresarial. Os agregados são aquelas pessoas que se juntam ao núcleo familiar: genros, noras, sobrinhos ou sobrinhas. As experiências demonstram que trazem para a família novos valores e costumes, o que muitas vezes causam conflitos dentro da organização familiar. Por outro lado, esse relacionamento proporciona condições para enriquecer o

---

<sup>52</sup> LIMA, Maria José Oliveira. **As empresas familiares da cidade de Franca**: um estudo sob a visão do serviço social, p. 87.

<sup>53</sup> WERNER, René. **Família e negócios**: um caminho para o sucesso. São Paulo: Manole, 2004. p. 16.

empreendimento familiar através de novos padrões de comportamento e cultura<sup>54</sup>.

Sobre o empreendedor, como homem que se identifica com a empresa Lodi, faz uma reflexão: “O homem de empresa é o administrador cujo senso de identidade com a organização dissolve a sua individualidade no estilo da empresa. Seus traços fortes são o interesse pelo lado humano, o interesse pelas pessoas que o cercam e o compromisso de manter a integridade da empresa”<sup>55</sup>.

Um dos maiores desafios destas empresas é quanto à gestão, que pelo fato de serem familiares tende a ser centralizada. A gestão eficaz e profissional deve ser algo bem estudado e planejado, evitando assim problemas. Os gestores e sucessores devem ser profissionais capazes de gerir a empresa e dar continuidade a ela, assim como devem ser competentes para solucionar, possíveis problemas e vencer os desafios que possam surgir da melhor maneira possível.

Conforme Lima, os filhos são herdeiros e sucessores da propriedade e do negócio do pai, mãe ou da família. Herdar a propriedade resultante de trabalho de um empreendedor por seus ancestrais é um direito inalienável. A legislação brasileira protege o direito de herança e de sucessão enquanto direito adquirido. Mas o exercício da sucessão incide na consecução de algumas variáveis, tais como vocação, empatia pelo empreendimento e habilidade no desenvolvimento de relações interpessoais para conviver com herdeiros e colaboradores<sup>56</sup>.

Para que seja implementado um sistema de gestão empresarial com o mínimo de riscos, faz-se necessário pensar em um planejamento

---

<sup>54</sup> WERNER, René. **Família e negócios**: um caminho para o sucesso, p. 16.

<sup>55</sup> LODI, João Bosco. **A empresa Familiar**. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 63.

<sup>56</sup> LIMA, Maria José Oliveira. **As empresas familiares da cidade de Franca**: um estudo sob a visão do serviço social, p. 87.

estratégico empresarial. Este tipo de planejamento em uma empresa familiar vem se tornando cada vez mais importante, porque visa à longevidade da empresa e da família que a administra. Segundo Oliveira:

(...) o planejamento estratégico deve considerar toda a empresa e não apenas uma de suas partes”. O planejamento vai servir como uma bússola para empresa, um rumo a ser seguido, ou seja, baseado no que foi planejado ficará mais fácil para a família gestora colocar em prática tudo que foi planejado como controlar seus custos, executar todos os processos necessários, buscar o desenvolvimento desejado etc<sup>57</sup>.

Não resta dúvida que o planejamento estratégico deve ser o Norte para uma boa gestão de empresas familiares, por vezes ainda há certas resistências em função de que membros da família aprenderam a conduzir a empresa de uma certa maneira e que está dando certo, porém deve-se abrir o leque de novos conceitos, de novas ideias e então pensar não só no desenvolvimento desejado, mas em novos sucessores e gestores capacitados.

### **3 As empresas familiares e a mediação**

Importante observar que o conflito pode ser visto de dois ângulos, um construtivo, no qual opiniões diversas entre os sócios podem fazer com que a empresa cresça, podendo expandir seus negócios, entretanto, pelo lado destrutivo, pode levar a empresa a sua falência, como por exemplo, os desentendimentos entre os sócios parentes, quando disputam o poder na gestão da empresa.

O que abordaremos neste tópico é a visão de um conflito de caráter positivo, que verifica através da mediação uma oportunidade de mudança,

---

<sup>57</sup> OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Empresa Familiar: como fortalecer o empreendimento e aperfeiçoar o processo sucessório**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 59.



no qual as pessoas têm o desafio de gerenciar suas diferenças, estabelecendo um novo padrão de relacionamento. Para melhor elucidar usaremos o exemplo de conflito em relações familiares, ou seja, nessas relações continuadas a mediação ajudara a recompor o relacionamento e preservar o vínculo, reestabelecendo o diálogo. É o que registram Lília Maria de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos (2006, p.90):

Assim, com a mediação, as partes passam a ter um diálogo mais compreensível e amigável, baseado no entendimento das diferenças pessoais. Ao contrário das longas discussões do dia-a-dia, as pessoas começam a analisar os problemas sob uma ótica, em que prevalecem a paz e a busca de uma solução que atenda às necessidades de todos. Com efeito, a transformação do conflito em uma mediação bem sucedida restabelece o equilíbrio de cada uma das partes e recompõe o relacionamento entre elas, criando a partir da conscientização, uma nova realidade<sup>58</sup>.

Desse modo, se o conflito não existisse ou as pessoas nunca tivessem que gerenciar suas diferenças, não haveria desafio para pensar de forma crítica sobre as ideias. Nesse mesmo entendimento, Azevedo afirma que desde que conduzido da maneira adequada, o conflito pode proporcionar o crescimento pessoal, profissional e organizacional dos litigantes, tornando-se um verdadeiro meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação entre indivíduos de forma a impulsionar relevantes alterações quanto à ética e à responsabilidade profissional<sup>59</sup>.

No ambiente empresarial familiar é importante que o instituto da mediação seja o primeiro a ser procurado quando instalada uma contenda entre os sócios parentes, administradores, gestores, enfim todos aqueles

---

<sup>58</sup> SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**. Fortaleza: Expressão Gráfica Editora, 2006.

<sup>59</sup> AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6.ed (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2015, p. 28.

que estão imbuídos na sociedade familiar. A mediação deve ser uma política utilizada pela empresa, de forma a resolver os conflitos, antes mesmo de judicializá-lo.

Explica Dias que “a resposta judicial jamais corresponde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica”<sup>60</sup>. Logo, mesmo com o fim do processo judicial, o conflito, na verdade, geralmente permanece, uma vez que não houve aproximação com as partes, com a realidade destas, o que torna difícil encontrar uma solução singular, própria para aquela determinada família que está em situação conflituosa.

Raramente a sentença produz o efeito apaziguador almejado pela justiça, principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes se encontram magoadas, com medo, em uma confusão de sentimentos de amor e ódio<sup>61</sup>.

Nota-se, portanto, que uma decisão imposta, especialmente nos litígios familiares, não é o melhor caminho para se chegar a uma solução que realmente apazigue. Isso porque se trata de uma situação cercada de emoções e, desse modo, o diálogo proporcionado pela mediação mostra-se como melhor alternativa para o conflito. Neste sentido,

por ser uma técnica alternativa para levar as partes a encontrar solução consensual, é na seara da família que a mediação desempenha seu papel mais importante: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um. Com isso possibilita que seus membros configurem um novo perfil familiar<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 85.

<sup>61</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 84-85.

<sup>62</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 85.

Na mediação, as pessoas são levadas a agir de modo cooperativo e não a fazer acusações sem cabimento ou pedidos baseados apenas em suas convicções pessoais, sendo a flexibilidade e a criatividade favorecidas. A mediação, assim, mostra-se como um meio eficiente para se tentar evitar um confronto interminável<sup>63</sup>.

Afirma Robles que “a mediação mostra-se como instrumento de fundamental importância, visto que possibilita o restabelecimento da comunicação interrompida entre os membros da família, bem como que estes últimos conscientizem-se de seus direitos e deveres”<sup>64</sup>.

De outra forma, a mistura de sentimentos familiares com a gestão da empresa são a principal dificuldade. Os relacionamentos interpessoais são importantes numa empresa familiar quando um indivíduo tentar impor seus sentimentos e valores com muito empenho a outro membro da família, os resultados poderão ser graves para a organização e para a relação desta com toda a família. Conforme o relato de Adachi:

As empresas familiares possuem o que podemos denominar de atributos bivalentes, isto é, características que podem ser, ao mesmo tempo, vantagens ou desvantagens dependendo da forma como as empresas são conduzidas, como, por exemplo, a simultaneidade de papéis desempenhados pelos membros da empresa familiar, o envolvimento emocional e afetivo das pessoas que nela trabalham a identidade compartilhada dos parentes, sua história de vida comum e sua linguagem particular<sup>65</sup>.

Na empresa familiar, misturam-se liderança, influência, poder econômico com laços familiares, potencializando um ambiente de maior complexidade conflitual. É nesse contexto que a mediação aparece como

---

<sup>63</sup> CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2007. p. 164.

<sup>64</sup> ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família**, p. 73.

<sup>65</sup> ADACHI, Pedro Podboi. **Família S.A: gestão de empresa familiar e solução de conflitos**, p. 49.

meio de tratamento de conflitos, promovendo a abertura de um diálogo como opção de resolução de conflitos organizacionais empresariais.

Para Neto a mediação empresarial parte do pressuposto de que é fundamental, ao aportar o questionamento da inter-relação existente entre os empresários, oferecer elementos de reflexão baseados em fatos daquela relação no passado e no presente, com vistas a construir um futuro, seja com a continuidade daquela relação, seja com o fim, que resulte em um modo mais pacífico em sua relação<sup>66</sup>.

Vê-se, que as relações familiares empresarias são peculiares e complexas, e, portanto, o diálogo é fundamental para manutenção dos laços e para que eventual rompimento seja menos traumático. Pondera Aguiar que a mediação, como forma de solução de conflito, pode agregar valores, pois ao mesmo tempo em que busca o desenvolvimento da empresa, como instituição geradora de lucros, valoriza, também, a qualidade das relações humanas, que oferece a sustentação ao trabalho que fundamenta a existência de uma organização<sup>67</sup>.

O conflito trará a necessidade de construção de um novo laço parental, de realocação de papéis, de conscientização e de assunção de responsabilidades pela situação geradora do conflito e pelo que ficar decidido ou, ainda, pela nova forma de relacionamento. Lembrar, ainda, que as partes envolvidas têm entre si a relação continuada. Isto é: mesmo com o conflito, elas continuarão a ter uma relação próxima Assim, pode-se afirmar que os conflitos surgidos no âmbito de uma empresa são, em grande número, os que justamente pedem a mediação como método adequado, seja judicial ou extrajudicial.

---

<sup>66</sup> BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**. Revista do Advogado n.123, ago. 2014. p. 133.

<sup>67</sup> AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Comentários, Reflexões e Aprendizado**. In (Org.) AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação Empresarial – Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Eliana Nazareth em lição que resume muito bem a adequação da mediação para essas hipóteses, faz expressa menção ao uso desse meio para redefinir papéis dentro de uma família e de uma corporação. Frisa que funções só podem ser bem exercidas “quando os lugares estão claros e assentados”, e, convém acrescentar à lição, o bom exercício das funções é tudo que uma empresa almeja<sup>68</sup>.

Recomenda Braga a mediação nas empresas familiares, pois entende ser esse o meio adequado para separar o que é da família do que é da empresa, além de promover uma perspectiva de futuro baseado na nova interação que deverá surgir após a mediação<sup>69</sup>.

Ademais, a mediação ajudará a promover o diálogo e proporcionará a descoberta, pelos próprios partícipes, de seus reais interesses. Some-se a isso o fato de que a mediação pode acarretar uma nova forma de encarar o conflito e a relação entre as partes, melhorando, assim, a convivência entre elas, o que é fundamental para a empresa familiar.

### **Considerações Finais**

Após o estudo exposto, é possível extrair algumas conclusões. Uma série de fatores convergiram para trazer a mediação, meio antigo de resolução de conflitos, à tona novamente, dentre eles, destacam-se a crise do Judiciário, a constatação de que nem todo conflito deve ser solucionado via sentença judicial e um maior aprofundamento do estudo do conflito familiar, o que levou à compreensão de sua complexidade.

A mediação voltou à evidência de forma estruturada, pesquisada, saiu da informalidade, muito embora ainda exista discussões e debates quanto à sua definição e demais aspectos a ela relacionados. Trata-se de um meio adequado de resolução de conflitos que privilegia a autonomia da vontade,

---

<sup>68</sup> NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação: algumas considerações**. Revista do Advogado n.87, set.2006, p.56.

<sup>69</sup> BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**, p. 143.

além de proporcionar sua emancipação. É adequada para situações nas quais existe um relacionamento continuado entre as partes. Por incluir o mediado na construção da solução do problema, gera um maior comprometimento de sua parte com a decisão.

Além disso, tem a capacidade de transformar a relação entre as partes, promovendo capacitação e reconhecimento individual e social, estimulando, portanto, a cidadania.

As empresas familiares ocupam um papel central na economia nacional e internacional. No seu ambiente misturam-se relações profissionais e relações de afeto. Essa coexistência pode acarretar confusão de papéis e um indesejado entrelaçamento de critérios objetivos e subjetivos, gerando conflitos.

Não obstante o aspecto positivo do conflito, se não tratado no momento certo e da forma adequada, pode eclodir e trazer à tona somente seu aspecto negativo, rompendo tanto as relações comerciais quanto às familiares. As empresas familiares requerem, portanto, profissionalização, implica a compreensão, pelos familiares sócios, da distinção de papéis e de sua adequação ao ambiente correto.

É necessário que os sócios familiares desenvolvam a capacidade de ler o contexto dentro do qual se situam, percebendo que coexistem diferentes interesses e expectativas e que a esses, diferentemente do que ocorre nas empresas não familiares, agregam-se laços afetivos, combinação que clama por atenção e cuidados especiais.

A dificuldade de isolar a dimensão familiar da dimensão empresarial é uma fonte de conflitos permanente. A família e a empresa devem percorrer seus próprios caminhos evolutivos, sendo que o ideal é que esses caminhos estejam no mesmo compasso. Quando os conflitos não são bem administrados nesse tipo de organização, é comum se apelar a uma gerência profissional que não faz parte da família e acaba não atuando de

acordo com os códigos da empresa. As decisões passam a ser tomadas exclusivamente em função das demandas do negócio e prescindindo da convivência familiar. Em muitos casos, o fechamento do ciclo da empresa familiar dá-se, quando os conflitos entre os membros da família não são neutralizados. Nesses casos, alguns membros da família decidem romper seus vínculos com a empresa, vendendo suas participações acionárias.

A mediação na empresa familiar pode ser usada como uma ferramenta na coordenação de diálogos produtivos, auxiliando a discriminar a relação afetiva da empresarial. A confidencialidade interna entre as partes é um diferencial da mediação, que pode ser bem aproveitada, no âmbito da empresa familiar, já que ela possibilita às partes envolvidas relatarem ao mediador questões pessoais que estejam interferindo na vida da empresa, questões estas que não seriam apresentadas em uma mesa de negociação.

As demais características da mediação como – a flexibilidade, agilidade, neutralidade, harmonização – também podem ser aproveitadas no ambiente da empresa familiar, permitindo a redução de custos emocionais e financeiros. A mediação pode ser veiculada, prevendo-se seu uso tanto para prevenir como para resolver conflitos internos e externos. Pode, ainda, ser usada para construir outros instrumentos.

Nestas empresas familiares, em que os conflitos familiares são um agravante a mais, na vida societária, a mediação pode ser um diferencial. Deve-se trabalhar na criação de zonas de consenso entre os interesses familiares e corporativos, buscando a preservação dos laços familiares e a profissionalização das práticas de governança. Portanto, pode-se afirmar que a Mediação oferece respostas satisfatórias que emergem diante a complexa sociedade contemporânea com relação aos conflitos nas empresas familiares.

Da mesma forma que os métodos tradicionalmente utilizados pelo direito encontram adequações entre as complexidades das ações jurídicas, exemplo claro ficou evidenciado neste trabalho relacionado com empresas familiares e a Mediação. Todavia, até por tratar-se de uma mudança de paradigma, a disseminação da mediação traz diversos desafios, sobretudo diante da dinâmica do contexto empresarial, muitas vezes urgente demais para uma compreensão mais profunda da inter-relação pessoal. Apesar disso, e longe de exaurir o tema, acredita-se ser viável ou melhor, necessário a conjugação de mediação e empresas familiares.

## **Referências**

- ADACHI, Pedro Podboi. **Família S.A.: gestão de empresa familiar e solução de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2006.
- AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Comentários, Reflexões e Aprendizado**. In (Org.) AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação Empresarial – Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6.ed (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2015.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Evolução e revolução na empresa familiar**. Bernhoeft Consultoria. Disponível em: <<http://www.bernhoeft.com>>. Acesso em: 02 abr. 2005.
- BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.
- BERNHOEFT, R. **Empresa Familiar: sucessão profissionalizada ou sobrevivência comprometida**. São Paulo: Nobel, 1989.



BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**. Revista do Advogado n.123, ago. 2014.

BRASIL, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 13/05/2020.

BRASIL, Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUZERT, Y.; SPINNOLA, A.; BRANDÃO, A. **Negociação**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FAGUNDES CUNHA, J. S. **Da mediação e da arbitragem endoprocessual**. In: Genesis: Revista de Direito Processual Civil, ano II. n. 6 p.640, setembro-dezembro, 2003.

FREITAS, Ernani Cesar de; FREZZA, Cleusa Maria Marques. **Gestão e Sucessão em Empresa Familiar. Gestão e Desenvolvimento**, Novo Hamburgo, RS, v. 2, n. 1. p. 31-43, jan. 2005.

GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet **O mediador na resolução 125/2010 do CNJ: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas**/Charlise Paula Colet Gimenez; Fabiana Marion Spengler. – Águas de São Pedro: Livro novo, 2016.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas. A mediação comercial no contexto da arbitragem.** São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Maria José Oliveira. **As empresas familiares da cidade de Franca: um estudo sob a visão do serviço social.** São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

LODI, João Bosco. **A empresa Familiar.** São Paulo: Pioneira, 1998.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos.** Porto Alegre: Artmed, 1998.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos: em famílias e organizações.** 3.ed. ed. São Paulo: Summus, 2008.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação: algumas considerações.** Revista do Advogado n.87, set. 2006.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Empresa Familiar: como fortalecer o empreendimento e aperfeiçoar o processo sucessório.** São Paulo: Atlas, 1999.

PIMENTA, Eduardo Goulart; ABREU, Maira Leitoguinhos de Lima. **Conceituação jurídica da empresa familiar.** In: COELHO, Fábio Ulhoa; FERES, Marcelo Andrade. **Empresa familiar: estudos jurídicos.** São Paulo, 2014.

PLETI, Ricardo Padovini. **Empresas familiares & famílias empresárias: desafiadora transição entre duas realidades sistêmicas.** In: (Coords.) COELHO, Fábio Ulhoa; FERES Marcelo Andrade. **Empresa familiar: estudos jurídicos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Roberta Nioac. ***Empresas Familiares- Governança Corporativa, Governança Familiar, Governança Jurídica***. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e direito de família**. 2. ed., ver. e amp. São Paulo: Ícone, 2009.

SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**. Fortaleza: Expressão Gráfica Editora, 2006.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos da Mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. Disponível em: [www.esserenelmondo.com](http://www.esserenelmondo.com). Acesso em: 1 jul. 2021.

SUBIRATS, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONE, Frédéric. ***Análisis y gestión de políticas públicas***. 2. ed., Barcelona: Editorial Planeta, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. V. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

WERNER, René. **Família e negócios: um caminho para o sucesso**. São Paulo: Manole, 2004.

## **Responsabilidade Civil do Empregador quanto a infecção do vírus COVID-19 Título do artigo <sup>1</sup>**

*Emiliana da Silva Oliveira <sup>2</sup>*  
*Cássio Henrique Pacheco dos Santos <sup>3</sup>*

### **Introdução**

O presente trabalho dispõe acerca da atual situação em que se encontra o país, vista Pandemia global do Coronavírus, Covid-19, questionando as responsabilidades dos empregadores para com seus empregados a sua necessidade de caracterizar os direitos e deveres. Cabe analisar quais os procedimentos adotados pelas partes, afim de gerar estabilidade e segurança para o colaborador a fim de evitar trabalho obsoleto para o empregador.

Devido a relevância social e acadêmica desta pesquisa, busca-se realizar o estudo crítico sobre as políticas adotadas pelo governo, no intuito de preservar a economia e impedir o desemprego em massa, no entanto, a evolução do contágio do vírus é incalculável, podendo apenas ser estimada. A economia do país é altamente afetada, as organizações reduzem significativamente seu faturamento, o que em muitos casos, gera a necessidade de efetuar demissões, por falta de orçamento ou excesso de mão-de-obra. Em casos de contágio, são necessárias outras medidas, pois

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido no Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

<sup>2</sup> Emiliana da Silva Oliveira Aluno(a) do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 168100@upf.br / <http://lattes.cnpq.br/0394152991678563>

<sup>3</sup> Cássio Henrique Pacheco dos Santos, Mestre e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientador da pesquisa realizada. cassiosantos@upf.br / <http://lattes.cnpq.br/6180163236801838>

não há um prazo definido para cura da doença, assim como para a possibilidade de retorno ao trabalho.

A presente pesquisa mostra o outro lado da doença, onde os empregados podem ser afetados pelo contágio do Covid-19, podendo infectar outros colaboradores caso não sejam constatados com antecedência. Para a organização, o contágio em massa é um fator de insegurança, além de poder ser considerada doença ocupacional. Diante deste cenário, a dúvida que vale é quanto a responsabilidade do empregador, seja durante o tratamento, em casos de óbito, ou no retorno ao trabalho.

No primeiro capítulo far-se-á uma abordagem sobre o conceito de saúde, que posteriormente foi sendo revisado, diante disso após a promulgação da Carta de Constituição da OMS, padronizou-se a definição de saúde. Entretanto, segundo a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) o direito à saúde passou a enquadrar a categoria de direito fundamental. Passou a integrar aos direitos à vida e à dignidade humana (artigo 1º, inciso III da CF), concluindo desta forma, que também é um direito humano o direito à saúde do trabalhador. Além disso, analisaremos mais a fundo a responsabilidade do empregador quanto a situações pandêmicas, a necessidade de adequação no ambiente de trabalho.

No segundo capítulo, temos como objetivo entrar na norma jurídica, e estabelecer a responsabilidade civil, para que esta seja aplicada com medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário, destacamos também a responsabilidade subjetiva e a objetiva reside, basicamente, no fato de que a primeira depende da comprovação de dolo ou culpa, enquanto a segunda, estará caracterizada desde que o nexo causal esteja comprovado.

Já no terceiro capítulo estuda-se especificamente sobre as formas de acidente de trabalho, quais os requisitos necessários para se identificar

alguma lesão ou risco que vier surgir no serviço prestado para empresa. Além disso é citado também as doenças ocupacionais que trazem uma observância sobre o resultado mediato que se verifica no acidente em sentido estrito, logo após, falamos sobre a Segurança e Medicina do Trabalho nas NR's que compõem este tipo de serviço, quais equipamentos, ambiente são necessários para que o empregado esteja seguro no decorrer de sua atividade. E por fim compreendemos como se encaixa o nexos causal nesse tipo de situação ou problema.

O problema jurídico pesquisado relaciona-se a uma realidade recente, onde o país enfrenta uma Pandemia, ao qual abre brecha diante do decreto de Calamidade Pública. A lei referenciada corresponde à responsabilidade civil, especificamente relacionada ao empregador, cujos direitos e deveres em relação à seis empregados.

As hipóteses desenvolvidas relacionam-se a compreender em quais situações o empregador torna-se responsável pelo adoecimento de seus empregados. Levando em consideração o momento atual de Pandemia, onde novas normas são implementadas, além de medidas restritivas e preventivas adotadas. Assim, podendo o empregador, diante de negligência, ser responsabilizado civilmente por danos causados aos seus empregados. Ou, em decorrência de descuido ou desrespeitos as normas vigentes, o empregado infectar-se pelo Coronavírus, sem que a empresa ou seu empregador tenham qualquer relação com o ocorrido.

## **1 Saúde e Doença Pandêmica**

Considerando a natureza do trabalho em saúde, o qual é algo importante para todos, é necessário assegurar que seja dada prioridade à preservação e ampliação das condições de trabalho do setor saúde. Faz-se necessário compreender que a proteção de sua força de trabalho implica no fortalecimento da capacidade de resposta da sociedade brasileira à

pandemia, uma vez que, assim como vem ocorrendo em outros países, efeitos como o esgotamento do sistema de saúde são previsíveis. Entretanto, esses efeitos podem ser reduzidos ou atenuados pelo investimento robusto em estratégias contundentes de proteção à saúde desse conjunto de trabalhadoras e trabalhadores e garantia de seus direitos.

Segundo a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) o direito à saúde passou a enquadrar a categoria de direito fundamental. Passou a integrar aos direitos à vida e à dignidade humana (artigo 1º, inciso III da CF), concluindo desta forma, que também é um direito humano o direito à saúde do trabalhador.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua *promoção, proteção* e recuperação. (BRASIL, 1988)

O primeiro conceito de saúde foi atribuído aos gregos espartanos, a expressão utilizada *mens sana in corpore sano*, traduzindo significa que o ser humano saudável é aquele que possui saúde física e mental (SCHWARTZ, 2001). Já nos séculos XVII e XVIII, passou a entender saúde como o estado de ausência de doenças. Seguindo, no século XIX, além de ser entendida como a ausência de doenças, a saúde passou a ser associada ao trabalhador não pode adoecer, visto que assim deixaria de produzir, prejudicando o processo de acumulação capitalista. Neste tempo, a saúde esteve atrelada ao liberalismo por meio da cura que qualquer doença que pudesse ser causada pelo trabalho, para que pudesse sempre mantê-lo no trabalho (SCHWARTZ, 2001).

No século XX todos os conceitos antes relacionados a saúde foram revistos, diante de toda transformação social ocorrida, através do

surgimento do pensamento comunista (SCHWARTZ, 2001). O conceito de saúde passou envolver a prevenção de doenças, tornando-se direito de todos. Entretanto, mesmo com a mudança no seu conceito, a saúde ainda traduzia-se pela ausência de doenças (MORAIS, 2001).

Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades. Gozar do melhor estado de saúde possível constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. (OMS, 1946).

Após a promulgação da Carta de Constituição da OMS, padronizou-se a definição de saúde, conforme mencionado acima. A partir daí passou-se a adotar não apenas seus aspectos “curativos” (reparação da saúde), mas também “preventivos” (proteção da saúde). Esse conceito sofreu diversas críticas, devido à grande abrangência, além da dificuldade em chegar-se a um “completo bem-estar físico, mental e social” (SCHWARTZ, 2001, p. 35).

Para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente. A saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver. Nesse sentido, a saúde é um conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas. (CARTA DE OTTAWA, 1986, p. 39).

A primeira conferência internacional para a promoção da saúde ocorreu no ano de 1986, trazendo a Carta de Ottawa, um complemento a ideia de saúde apresentada pela OMS. Segundo esta carta, a saúde é um “processo sistêmico”, trazendo o significado de meta a ser alcançada (CARTA OTTAWA, 1986).



Saúde, vem do Latim *salus*, "bom estado físico, saudação", relacionado a *salvus*, "salvo". Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS): Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não, simplesmente, a ausência de doenças ou enfermidades.

O conceito de saúde, como um direito à cidadania, foi expresso na Constituição Brasileira de 1988, seção II, nos artigos 196, 197, 198 e 199. Estes abordaram o conceito de saúde na perspectiva política, econômica e social. Ampliou-se o direito do cidadão à saúde do direito previdenciário, e foi dada relevância pública aos serviços de saúde como descritos no artigo 196:

O direito à saúde integra o conceito de qualidade de vida, porque as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, mas sim aquelas que moram em casas salubres, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permite dar à luz, crescer, trabalhar e morrer. (DUARTE apud SCHWARTZ, 2001, p. 40).

A saúde é um direito de todos e dever do estado, garantido mediante medidas políticas, sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1998).

O direito do trabalho é responsável por oferecer condições à saúde do trabalhador em seu local de trabalho, é sua responsabilidade a proteção dos trabalhadores (MARTINS, 2008). Assim sendo, a responsabilidade pelos danos causados ao trabalhador, não considerada apenas onde há riscos de morte ou vida, mas também em casos onde gere risco patrimonial (FILHO, 2013).

O empregador tem responsabilidades em relação à saúde de seus colaboradores ao qual deve garantir segurança na execução do trabalho, evitando quaisquer riscos possíveis. A responsabilidade do empregador

inicia no trajeto do empregado, segue por proporcionar todos os meios de segurança no trabalho, sejam eles físicos ou psicológicos.

Quanto ao termo de saúde no contexto trabalho, não abrange apenas afecções ou doenças, mas além disto elementos físicos e mentais, todos os aspectos relacionados à segurança e a higiene no trabalho (CHAGAS, 2010).

Um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa à melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar (SCHWARTZ, 2001, p. 43).

Ainda, conforme a Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080/1990, em seu artigo 6º, parágrafo três prevê que a saúde do trabalhador é um conjunto de atividades, que tem por objetivo, através de ações epidemiológicas, vigilância sanitária, promoção e proteção à saúde de trabalhadores. Além disto, responde pela recuperação e reabilitação dos trabalhadores, aos que são submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho (BRASIL, 1990).

Diante disso podemos citar uma situação de pandemia, a qual, define-se quando a escala do surto, trata-se de casos de maior gravidade, onde espalha-se por diversas regiões do planeta. Já endemias, são caracterizadas por acontecer com muita frequência apenas em um local específico (MORALES, 2020).

Contudo, diante da pandemia decretada, seja pelas peculiaridades da atividade econômica desenvolvida, seja pela localização da empresa ou ainda por determinação da autoridade pública, poderá haver a necessidade de suspensão total ou parcial da atividade empresarial (NETO; CAVALCANTE; WENZEL, 2020).

Verifica-se assim a necessidade de adequação do ambiente de trabalho, de acordo com as atividades executadas pelos empregados, os estabelecimentos essenciais, distinção de grupos de risco, visando organizar-se conforme seja melhor a todos. Em situações de pandemia, a CLT ou qualquer outro órgão competente não especifica as ações a serem todas, decreta-se calamidade pública (NETO; CAVALCANTE; WENZEL, 2020).

Situações pandêmicas possibilitam suspensões de contrato de trabalho, concessão de férias coletivas e acordos coletivos, além de redução de carga horária e salário. Entretanto qualquer medida adotada não poderá refletir negativamente ao empregado, sendo o Estado responsável por garantir o direito aos empregados. Nestes momentos cabe ao empresário e aos colaboradores acordarem qual será a melhor forma para administrar a situação, contando com total suporte do Estado (NETO; CAVALCANTE; WENZEL, 2020).

O coronavírus é um vírus responsável por causar infecções respiratórias, a doença existe desde 1937, entretanto atingindo apenas grupos isolados de humanos. Os sintomas comuns da doença são: tosse, febre, coriza, dor de garganta e dificuldade para respirar. Sua transmissão ocorre através: toque do aperto de mão, gotículas de saliva, espirro, tosse, catarro e objetos ou superfícies contaminadas (OMS, 2020).

A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados. (art. 166, CLT, Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

Para evitar a propagação do vírus, as empresas precisam adotar medidas preventivas e disponibilizar a todos os trabalhadores os equipamentos de proteção individual necessários. São medidas necessárias: definir políticas a serem adotadas caso ocorram sintomas da doença em algum trabalhador; verificar se os locais de trabalho estão limpos e higienizados; promover campanhas para que os colaboradores, clientes, fornecedores e terceiros lavem as mãos; divulgação de materiais sobre limpeza das mãos e cuidados com a saúde; promover a higiene respiratória do local de trabalho; aconselhamento sobre cuidados preventivos; implantação de processos entretanto precisa notificar o empregador imediatamente (SENADO, 2020). Ainda, segundo o Senado para identificar pessoas que possam estar em risco e apoiá-las (OMS, 2020).

O coronavírus é uma doença altamente contagiosa, para tanto, o senado federal aprovou a dispensa de atestado médico em caso de empregados infectados pela doença. O projeto altera a Lei 605 de 1949, que discorre sobre repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos feriados. Dispensando atestado médico, o empregado pode ficar até sete dias afastado da empresa, (2020), esta regra é válida enquanto durar o estado de calamidade. Para aqueles empregados que necessitem de imposição da quarentena, a partir do oitavo dia precisam apresentar atestado médico, documento de unidade de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) ou documento eletrônico regulamentado pelo Ministério da Saúde.

## **2 Responsabilidade Civil**

A responsabilidade civil, tanto subjetiva como a objetiva, visa responsabilizar o autor de um ato ilícito, reparando eventual prejuízo. Também pode ser possível a responsabilização do empregador sem a

necessidade de comprovar dolo ou culpa, desde que a atividade exercida pelo empregado seja de risco.

Conforme Cavalieri Filho (2010, p. 2) responsabilidade “designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico.” Assim, sabe-se que quando o agente descumpre uma regra de Direito Público, da mesma forma que ocorre quando há ilícito civil quando uma regra do Direito Privado é violada (CAVALIERI FILHO, 2010). O Código Civil, em seu artigo 935 dispõe que a responsabilidade civil independe da criminal, ao qual não se pode questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o autor, quando estas ações se acharem decididas no juízo criminal (BRASIL, 2002).

Por mais que buscassem, os autores não encontraram uma diferença substancial entre o ato ilícito civil e o penal. Ambos, como já foi dito, importam violação de um dever jurídico, infração da lei. Beling já acentuava que a única diferença entre a ilicitude penal e a civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com a outra. O ilícito civil é um minus ou residuum em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 14).

A responsabilidade civil se diz a atividade danosa, onde alguém atua *a priori*, ilicitamente, onde é violada uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual). Passando a ser subordinado às consequências de seus atos, onde surge a obrigação de repará-los. Refere-se assim da agressão à interesse eminentemente particular, o que sujeita o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, nos casos em que não seja possível repor *in natura* o estado anterior das coisas (GAGLIANO, 2004).

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo, inspirasse no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *stato quo* ante (CAVALIERI FILHO, 2013, p. 14)

Segundo o Código Civil (Lei 10.406/2002), no art. 186, diz “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Ainda, para Tartuce (2012, p. 415) “a responsabilidade civil surge em face de descumprimento obrigacional, pela desobediência de regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

A responsabilidade civil surgiu pela necessidade de criar mecanismos para evitar a vingança, além de prevenir um estado de caos social. O direito surgiu como uma forma de compensação de danos causados pela conduta de outro (LIMA, 1998). Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.19) “a palavra responsabilidade tem sua origem no latim *spondeo*, onde se vincula o devedor nos contratos verbais do direito romano. ”

Pertinente reiterar que as principais funções da responsabilidade civil continuam sendo a reparatoria e a compensatória. No entanto, busca-se incitar a reflexão acerca da possibilidade de, em casos excepcionais, serem vislumbradas outras funções para este ramo do Direito, como as funções dissuasórias e punitivas, para atingir um fim pedagógico e uma mudança de postura social (VAZ, 2009, p. 40).

Quanto a definição de responsabilidade civil, segundo Sergio Cavaliere Filho (2015, p. 16), “responsabilidade civil é um dever jurídico

sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (2013, p. 51).

A conduta humana refere-se à voluntariedade, a liberdade de escolha do agente, quando o mesmo tem consciência do que faz. Esta conduta pode ser positiva, quando ocorre a prática do comportamento ativos, ou então negativa, em casos de comportamento passivo, quando haveria a obrigação de agir (VENOSA, 2013).

O ato do agente causador do dano impõe-lhe o dever de reparar não só quando há, de sua parte, infringência a um dever legal, portanto ato praticado contra direito, como também quando do seu ato, embora sem infringir a Lei, foge da finalidade social a que ela se destina. Realmente atos há que não colidem diretamente com a norma jurídica, mas com o fim social por ela almejado. São atos praticados com abuso de direito, e se o comportamento abusivo do agente causa dano a outrem, a obrigação de reparar, imposta àquele se apresenta inescindível (MELO, 2006, p. 159).

Todo ato ilícito de desenvolve através do comportamento humano contrário a norma jurídica, e se os efeitos forem lesivos existe a necessidade de reparação. Segundo Silva (2008, p. 129) “daí a ideia de culpa, em sentido lato, como sendo a inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar.”

O dano é indispensável na responsabilidade civil, não há indenização sem ocorrência de dano. Pode-se ocorrer, porém o dano sem culpa, como nos casos de responsabilidade civil objetiva. Mas não há nenhuma espécie de responsabilidade sem danos, ao qual deve ser indenizável, de natureza

patrimonial ou extrapatrimonial, como são os casos de dano moral (DINIZ, 2002). Conforme Gagliano (2003, p. 44) “a certeza do dano refere-se a sua existência, e não a sua atualidade ou ao seu montante. ”

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem danos. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem danos, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 70).

Conforme Gagliano (2014, p. 82) o dano e o prejuízo pode ser definidos “como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.”. Para a responsabilidade civil, o dano precisa ser efetivo, não é aceito o dano abstrato ou hipotético.

O dano moral consiste na lesão de direitos, quando o conteúdo não pode ser comercialmente redutível à dinheiro. Trata-se de uma forma de sancionar um ato ilícito, indenizar o indivíduo por um dano moral sofrido (GAGLIANO, 2003).

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO, 2014, p. 111).



Dano moral é todo aquele causado a uma pessoa, que atinja sua esfera personalíssima, ao qual não há conteúdo pecuniário, não podendo ser redutível à dinheiro, considerado assim um dano extrapatrimonial.

A responsabilidade subjetiva pode ser definida como aquela que somente caberá indenização caso esteja presente o dano (acidente ou doença), o nexo de causalidade do evento com o trabalho e a culpa e do empregador (OLIVEIRA, 2013). Ainda, segundo Cavalieri (2013, p. 150) a culpa é o principal pressuposto da responsabilidade subjetiva, “o elemento culpa, provada ou presumida, é indispensável para ensejar o dever de reparar o dano.”

Não há responsabilidade quando o agente não pretendeu e nem podia prever, tendo agido com a necessária cautela. Não se pode de maneira alguma, ir além do ato ilícito para firmar a responsabilidade subjetiva, contrariamente ao que alguns pretendem, com superficialidade, a ponto de ver em tudo o que acontece a obrigação de indenizar, sustentando que, verificado o dano, nasce tal obrigação, sem indagar na culpa do lesado, e impondo, como único pressuposto, o nexo causal entre o fato e o dano (RIZZARDO, 2007, p. 29).

A culpa parte do princípio de violação de obrigação ou de um dever preexistente, construindo assim um ato ilícito, no qual a culpa é o substrato. Assim, traduz-se culpa como “fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável” (DIAS, 2006, p.133). A responsabilidade civil subjetiva é originária de dano causado por ato doloso ou culposos, tendo como princípio que cada um responde pela própria culpa (GAGLIANO, FILHO, 2006).

Diante da decisão, entende-se que a empresa deve redobrar os cuidados com seus empregados que tenham atividade de risco ou ainda que sejam do grupo de risco para contaminação, sendo estes os idosos, diabéticos, hipertensos, insuficiência cardíaca ou renal e pessoas com

doenças respiratórias crônicas, conforme determinado pela Organização Mundial da Saúde, visto que diante destes casos as empresas poderão ser responsabilizadas independente de culpa, ou seja, a responsabilidade da empresa poderá ser objetiva.

A responsabilidade civil tem como fundamento a teoria do risco, baseia-se assim no que aquele que cria o risco está sujeito a indenizar pelo dano causado, independente de culpa. Distingue-se entre: risco proveito, onde o responsável será aquele que tira proveito da atividade danosa; risco profissional, refere-se ao dano decorrente do trabalho do lesado; risco excepcional, algo que escapa a atividade comum da vítima, onde fica exposto a um trabalho estranho ao que normalmente exerce; risco criado, onde o sujeito expõe-se a atividade perigosa, assim sendo deve assumir a responsabilidade pelas possíveis consequências; e risco integral, trata-se de uma teoria extrema, onde há responsabilização mesmo quando não há nexos casual (FILHO, 2012).

### **3 Acidente De Trabalho E Doenças Ocupacionais**

Podemos analisar e diferenciar o conceito de acidente do trabalho, especialmente no que se refere às diferenças entre doença profissional e doença do trabalho, causada por um meio ambiente do trabalho prejudicial à saúde do trabalhador; temos que é difícil a tarefa de caracterização como doença proveniente do trabalho, tendo em vista que depende do estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito.

A legislação prevê como acidente de trabalho na Lei 8.213/1991, em seu artigo 19:

Art. 19 - Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão

corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (BRASIL, 1991).

Acidente trabalho é ocorrido pelo exercício de trabalho, estando a serviço da empresa. Causando lesões corporais, perturbação funcional que cause a morte, perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (GARCIA, 2013). Ainda, segundo Silva (2014), acidente de trabalho é caracterizado pela subaneidade de um acontecimento e pela violência do dano causado, podendo implicar em lesões diretas ao trabalhador, ou em certas hipóteses mais graves, resultando na morte.

O acidente do trabalho pode ser o fato gerador de diversas e sérias consequências jurídicas que se refletem no contrato de trabalho, na esfera criminal, nos benefícios acidentários, nas ações regressivas promovidas pela Previdência Social, nas indenizações por responsabilidade civil, na Inspeção do Trabalho, no pagamento de indenização de seguros privados que cobrem a morte ou a invalidez permanente, e na reação corporativa do sindicato da categoria profissional (OLIVEIRA, 2013, p. 63).

O surgimento da preocupação com a saúde e o ambiente de trabalho ocorreu após o século XVIII, através da Revolução Industrial, passaram a perceber a existência de doenças e acidentes ocupacionais, o que achamos a atenção da sociedade e do Estado. Foi então que criou-se normas relativas ao meio ambiente de trabalho, com o objetivo de manter a saúde do trabalhador, através da prevenção de doenças, acidentes e riscos (GARCIA, 2013).

A proteção ao meio ambiente do trabalho tem por suporte um conceito: para que o trabalhador atue em local apropriado, o Direito deve fixar condições mínimas a serem observadas pelas empresas, quer quanto às instalações onde as oficinas e demais dependências se situam, quer quanto às condições de

contágio com agentes nocivos à saúde ou de perigo que a atividade possa oferecer (Nascimento, 2007, p. 527).

Conforme Figueiredo, “[...] meio ambiente do trabalho não é apenas um espaço físico determinado [...], aquilo que denominamos de estabelecimento, mas a conjugação do elemento espacial com a ação laboral” (2007, p. 41). O meio ambiente de trabalho trata-se do local onde se exerce o trabalho, compreendidas também suas adjacências, sendo assim, tudo que está ao seu redor (LIMA, 2006).

Assim, todo trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em um ambiente seguro, protegido, com prevenção dos riscos inerentes à atividade laboral. Ao qual preserve a saúde e o direito a vida dos empregados, garantindo-lhe dignidade e bem-estar (MELO, 2008).

São vários os conceitos acerca dos requisitos fundamentais para configuração de acidente de trabalho, entretanto o entendimento unânime diz respeito a relação de causa e efeito, entende-se assim que a vítima precisa provar a existência de um nexo de causalidade entre o acidente e o resultado danoso.

Para um melhor entendimento, são necessários tais requisitos para configuração de acidente de trabalho:

1. Causalidade

Por ser o acidente do trabalho um acontecimento, um evento que não é provocado, ao menos em princípio, mas que acontece normalmente por acaso e, assim, não há dolo.

2. Prejudicialidade

A lesão corporal ou perturbação funcional que pode causar a morte, ou a perda, ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

3. Nexo etiológico ou causal

Consiste na relação de causa e efeito entre o trabalho e o acidente típico (ou doença profissional ou do trabalho equiparada ao acidente do trabalho). A

ligação entre ambos, *id est*, o fato de que o trabalho é a causa do Infortúnio (PEDROTTI; PEDROTTI, 2006, p. 87-88).

Assim, conforme Martins (2006), para a existência de acidente de trabalho, é necessário que exista o nexo entre o trabalho e o efeito do acidente. Envolve então o trabalho, o acidente e a consequência da lesão, além ainda da incapacidade resultante da lesão.

O acidente tipo ou típico pode ser definido conforme Costa (2006, p. 82) “um ataque

Inesperado ao corpo humano ocorrido durante o trabalho, decorrente de uma ação traumática violenta, subitânea, concentrada e de consequências identificadas.” Trata-se de um acontecimento bruto, que ocorre de forma inesperada, durante o trabalho ou em razão dele, ao qual agride a integridade física ou psíquica do empregador (COSTA, 2006).

O acidente típico refere-se a um fato considerado violento, ao qual produz a violação da integridade do indivíduo. Pode resultar em lesão corporal ou perturbação funcional, tornando o indivíduo incapaz provisória ou definitivamente, ou até que lhe cause a morte.

Explica Zocchio (2008, p. 58) que como o texto da CLT, embora seja explícito, não é autoaplicável, foram baixadas pelo MTE as normas identificadas pela sigla NR, que instruem o que deve ser feito e como deve ser feito para que a empresa cumpra e faça cumprir as normas de Segurança e Saúde no Trabalho.

Para Oliveira (2013, p. 51) “a doença profissional é aquela peculiar a determinada atividade ou profissão, também chamada de doença profissional típica, tecnopatía ou ergopatía.” Ainda, conforme Silva (2014), doenças ocupacionais caracterizam-se pelo resultado mediato que se verifica no acidente em sentido estrito.

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I (BRASIL, 1991).

Complementa Silva (2014), que doenças ocupacionais são patologias comuns, mas que através das funções executadas e condições de trabalho, desenvolvem-se com maior facilidade. Assim, contrair uma doença genérica torna-se maior, devido às condições em que o trabalhador exerce as suas atividades.

Nexo de causalidade trata-se do vínculo entre a causa e o efeito, entre a conduta e o resultado. É a relação casual que estabelece uma ligação entre um determinado comportamento e um evento, onde é possível concluir, diante das leis naturais, se ação ou a omissão do agente foi a causa do dano. Assim, se o resultado surgiu como consequência natural da conduta do agente (FILHO, 2013). Ainda, segundo Dallegrave Neto (2015), diante da natureza da doença ocupacional, há necessidade de comprovação do nexo de causalidade com o trabalho. Este estudo e comprovação é realizado pelo Ministério do Trabalho e pela Previdência Social, onde conforme dispositivo normativo, verifica-se se em tais doenças o nexo casual encontra-se presumido na lei.

O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa,

mas nunca dispensará o nexa causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexa causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito. (VENOSA, 2005, p.53).

O vínculo entre o prejuízo e a ação é o nexa de casualidade, é de que forma uma ação gerou um fato lesivo, diretamente ou como consequência. Trata-se de uma relação entre o evento danoso e a ação que o produziu, onde possibilitou ser sua causa, entretanto, não é necessário que o dano ocorra imediatamente do fato que o produziu. Basta apenas concluir que o dano não teria ocorrido sem o fato anterior, mesmo não sendo sua causa imediata, produziu condições para a geração do dano, o agente terá que responder pelas consequências (DINIZ, 2008).

A responsabilidade civil, apresenta todo suporte e contexto para que o empregador esteja resguardado legalmente, além quanto das suas obrigações. Assim também, o empregado, possui seus direitos garantidos. O Covid-19 trouxe além das situações típica, casos de interpretação, que exigem um julgamento baseado em detalhes e reconhecimento de ações, pois não há ainda uma ferramenta que comprove a origem exata da infecção pelo vírus.

Um caso notificado a imprensa, na empresa JBS do Rio Grande do Sul, onde um empregado acusou a empresa, após contrair o vírus Covid-19. Neste contexto, acusa a organização por negligência na adoção de medidas preventivas, além de não ter sido autorizado a se afastar do trabalho após os primeiros sintomas da doença, que culminaram em sua internação. Em sua acusação alegou que a Covid-19 pode ser equiparada a doença do trabalho, sendo assim, passível de indenização (MACHADO, 2021).

Em continuidade ao caso mencionado, o juiz que responsável por este processo ressaltou que as doenças endêmicas não são consideradas

doenças ocupacionais, onde não há comprovação se o contágio ocorreu do próprio trabalho desenvolvido. Percebe-se assim a incapacidade de responsabilização sobre a infecção pelo vírus, o que impossibilita a obrigatoriedade de indenização ao empregado (MACHADO, 2021).

O juiz Rodrigo Trindade de Souza, em análise a outro caso ocorrido no frigorífico JBS, condenou a empresa ao pagamento de uma indenização de 20 mil reais, na acusação de danos morais. Neste caso, o juiz entendeu que as condições de trabalho internas do frigorífico, aliadas a negligência empregadora, geraram a contaminação no ambiente laboral (TRT-RS, 2020).

Visualizou-se que a empresa não adotava medidas preventivas, como o distanciamento de 1,5 metros entre os trabalhadores, ao qual executam suas atividades de forma próxima, onde os ambientes são fechados, úmidos e climatizados, sem a circulação de ar externo. Assim, ao proferir sua decisão, somou-se estes elementos ao fato da empresa não estar cumprindo às medidas de combate à disseminação da doença. Desta forma, o nexos casual se demonstra na exposição do empregado ao risco de contágio (TRT-RS, 2020).

Assim, cabe ao empregador comprovar a adoção de todas as medidas de segurança, equipamentos de proteção coletivos ou individuais, há redução da probabilidade de que o ocorrido seja em serviço. Cabendo assim ao juiz identificar o ambiente laboral, o nexos casual e a responsabilização em indenizar ou não o trabalhador (TRT-RS, 2020).

Em suma, analisando todos os casos, embasados na teoria informada, não há uma sentença única para todos os casos de Covid-19, corresponde assim a uma análise criteriosa da existência de negligência, do nexos de casualidade, do respeito as normas vigentes, a disponibilização dos EPIs necessários para que seja realizado o julgamento da melhor forma possível.



## Considerações finais

Conclui-se assim que o cenário de Pandemia é um momento incerto, onde não há o certo ou o errado, tornou-se necessário adequação. As empresas pararam, o mundo parou, pessoas se isolaram, ocorrem demissões em massa, suspensões de empregos, redução de jornada e conseqüentemente do salário. Porém sabe-se que as conseqüências de uma Pandemia vão além do momento atual, trata-se de compreender o reflexo posterior, os salários irão reduzir, a economia irá decrescer, o desemprego aumentar. A lição que fica de tudo isso, é nossa vulnerabilidade, todos juntos aguardando a mesma coisa, uma vacina para que seja possível seguir a vida.

O trabalho aqui apresentado buscou trazer os conceitos de saúde, as responsabilidades do empregador, os conceitos de responsabilidade civil, o acidente de trabalho e as doenças ocupacionais. Em resumo, buscou-se compreender os direitos que todo trabalhador tem e que devem ser respeitados, assim como as obrigações do Estado, diante de todos. Sabendo dos direitos, enquadrados em uma situação de calamidade pública, afim de entender se são mantidos ou quais possíveis alterações podem sofrer. Viu-se assim que mesmo com a garantia dos direitos em lei, há momentos em que o “bom-senso” deve existir, adotam-se acordos coletivos, tenta-se encontrar formas de trabalho em *home office*, busca-se manter a qualidade de vida e bem-estar de todos.

Diante do Covid-19, o processo de julgamento leva em consideração ainda mais a interpretação do responsável, além de análise detalhada das medidas adotadas, pois ainda não há uma ferramenta que comprove onde e quando ocorreu a infecção pelo vírus. Assim, as empresas precisam resguardar-se ao máximo, disponibilizando EPIs, exigindo o cumprimento

das medidas protetivas. Tudo é levado em consideração, o nexos de casualidade, a culpa e a responsabilização.

Em suma, o contágio do coronavírus pode ser responsabilidade do empregador em alguns cenários, principalmente naqueles onde o trabalhador é exposto ao vírus sem equipamentos de segurança, ou quando medidas de distanciamento não são adotadas. Para isto e também para que se possa voltar ao trabalho, e assim retomar gradativamente a “vida normal”, cabe aos empregadores e também aos empregados todo cuidado com a sua saúde, assim como a do próximo.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Acesso em: 06 jun 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 06 jun 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 07 jun 2020.

BRASIL. **Código civil. Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 07 jun 2020.

CARTA DE OTTAWA. **Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde realizada em Ottawa**. 1986. Disponível em: <[bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta\\_ottawa.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf)>. Acesso em: 05 jun 2020.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010

- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- COSTA, H. J. **Manual de Acidente do Trabalho**. 2<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- CHAGAS, G. L. T. **Legislação de Direito Internacional do Trabalho e da Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. 2<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- DINIZ, M. H. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIAS, J. de A. **Da Responsabilidade Civil**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GARCIA, G. F. B. **Curso de Direito do Trabalho**. 7<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- LIMA, A. **Culpa e Risco**. 2<sup>a</sup> ed., rev. e atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- LIMA, F. M. M. de. **As Implicações Recíprocas entre o Meio Ambiente e o Custo Social do Trabalho**. Material da 1<sup>a</sup> aula da Disciplina Segurança e Saúde do Trabalhador, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – UNIDERP/REDE LFG. Revista LTr, 2006.
- MACHADO, J. **Juiz Nega Indenização a Empregada que Contraiu Covid-19 por não ter sido Comprovada a Relação entre o Contágio e o Trabalho**. 2021. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/445688>> Acesso: 25 maio de 2021.
- MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas 2008.

MORALES, J. **O que é Pandemia? Definição, Histórico e Gravidade**. 2020. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/o-que-e-pandemia-definicao-historico-e-gravidade/>> Acesso em: 19 jun 2020.

MELO, R. S. de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

MELO, R. S. de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de Direito de Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 22ª ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

NETO, F. F. J.; CAVALCANTE, J. de Q. P.; WENZEL, L. C. M. **Coronavírus**: uma pandemia decretada e seus reflexos no contrato de trabalho. 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/13/coronavirus-contrato-de-trabalho/>> Acesso em: 19 jun 2020.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Carta de Constituição**. Universidade de São Paulo - Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 05 jun 2020.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Sobre a Doença**. 2020. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>> Acesso em: 09 jun 2020.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Como Preparar o Local de Trabalho para Enfrentar o Coronavírus (COVID-19)**. 2020. Disponível em: <<https://onsafety.com.br/como-preparar-o-local-de-trabalho-para-enfrentar-o-coronavirus-covid-19/>> Acesso em: 09 jun 2020.

OLIVEIRA, S. G. de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

PEDROTTI, I. A.; PEDROTTI, W. A. **Acidentes do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2006.

RIZZARDO, A. **Responsabilidade Civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2012, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SENADO. **Coronavírus**: senado aprova dispensa de atestado médico na falta ao trabalho. 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/31/coronavirus-senado-aprova-dispensa-de-atestado-medico-na-falta-ao-trabalho>> Acesso em: 09 jun 2020.

SILVA, J. A. R. de O. **Acidente do Trabalho: Responsabilidade Objetiva do Empregador**. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, J. A. R. de O. **Acidente do Trabalho: Responsabilidade Objetiva do Empregador**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

TRT-RS, Tribunal de Justiça do Trabalho. **Juiz do Trabalho Condena Frigorífico a Indenizar Trabalhadora que Contraiu Convid-19**. 2020. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/335640>> Acesso em: 29 de maio de 2021.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil**: Da reparações à punição e dissuasão. Os punitive damages no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, S. de S. **Responsabilidade Civil**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

## **Abuso sexual e alienação parental: para um estudo jurídico interdisciplinar sob o viés psicológico-investigativo**

*Fernanda Schell Aguirre*<sup>1</sup>  
*Cristiane Beuren Vasconcelos*<sup>2</sup>

### **1 Introdução**

O tema proposto é a Alienação Parental, com foco no viés psicológico investigativo acerca da possibilidade e consequência do cometimento de Abuso Sexual Incestuoso (ASI) por meio daqueles que têm o dever de proporcionar ao menor um crescimento saudável, livre de traumas e limitações, principalmente no que diz respeito à saúde psicológica e física que interfere na vida adulta permanente do indivíduo.

Aborda-se a importância da atuação e comprometimento minucioso requerido do profissional designado ao caso - geralmente o psicólogo forense - seu desempenho investigativo e conduta na entrevista com a possível vítima, uma vez que é a partir desse trabalho profissional que a criança/adolescente tem seu futuro definido. Discorre-se, também, sobre as consequências decorrentes implantação de falsas memórias pelo genitor alienante no menor alienado, voltadas a denegrir a imagem do genitor-alvo, a ponto de impossibilitar a relação afetiva parental entre as vítimas.

---

<sup>1</sup> Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Escrevente Autorizada do Registro Civil das Pessoas Naturais em Maratu. Pós Graduanda em Direito Notarial e Registral.

<sup>2</sup> Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pela UFRGS; Mestre em Direito das Relações Jurídicas e Sociais pela UFPR; Professora Adjunta da UPF; Advogada.

Além disso, discorre-se acerca dos meios que o profissional dispõe para a identificação do possível abuso por parte do alienante, destacando a necessidade de um estudo minucioso a respeito do caso em questão, de modo que o relato da vítima não seja comprometido, não sejam provocados impactos negativos e não se prejudique ainda mais o estado de saúde do menor alienado.

É também tema de perquirição necessária, a questão das consequências que a Alienação Parental pode inculcar à criança ou adolescente, o prejuízo sentido nas relações familiares, não apenas com o genitor-alvo – que também é considerado vítima do alienante-, mas também com as outras pessoas que fazem parte do convívio e da criação do menor.

Por fim, trabalha-se o notório impacto decorrente de sua prática, não apenas por meio do Abuso Sexual Incestuoso - mas por outros inúmeros modos de alienar e induzir o menor negativamente-, pode causar no crescimento, desenvolvimento e saúde mental e física da vítima, uma vez que os impactos do trauma podem chegar à vida adulta, e até mesmo, permanecer durante toda a vida do prejudicado, impactando gravemente nas relações com a sociedade em geral.

Em notórios tempos de pandemia, as notícias de abusos nas mais diversas searas familiares restam divulgadas repetidamente na grande mídia, tornando mais visível e preocupante o crescimento dessas intercorrências em números. A necessidade de aprimoramento dos instrumentos disponíveis à sua apuração, de forma emocionalmente segura e responsável, é contingência de vai ao encontro das necessidades das vítimas, do Estado e da sociedade como um todo<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Em relatório apresentado pela organização não governamental (ONG) World Vision em 22/05/2020, estimou-se que até 85 milhões de crianças e adolescentes, entre 2 e 17 anos, poderiam se somar às vítimas de violência física, emocional e sexual nos três meses seguintes ao resultado, em âmbito mundial. O número representava já um aumento varável de 20% a 32% da média anual das estatísticas oficiais. O confinamento em casa, essencial para

Assim, parte-se para a análise inicial da denúncia de abuso calcada no instituto da alienação parental, trabalhando-se o tema sob o enfoque, na sequência, dos mecanismos investigativos disponíveis e as consequências impressas nos âmbitos fisiológico e psicológico da pessoa efetivamente abusada, assim como os sintomas dela decorrentes na realidade individual.

## **2 A possível alienação parental ocorrida na denúncia do crime de abuso sexual**

As denúncias de abuso sexual por meio de um genitor são frequentes no país e cada vez mais a Lei da Alienação Parental é invocada pelo outro genitor com o intuito de excluir a prática criminosa. O trabalho do psicólogo forense deve ser minucioso, a fim de evitar possível injustiça com o genitor que está sendo vítima do outro.

Neste sentido, Dias afirma:

A denúncia de práticas incestuosas tem crescido de forma assustadora. Esta realidade perversa pode levar a um injustificado rompimento do vínculo de convivência. Mas há outra consequência, ainda pior: a possibilidade de identificar como falsa denúncia o que pode ser uma verdade. Nos processos envolvendo abuso sexual, a alegação de que se trata de síndrome da alienação parental tornou-se argumento de defesa e vem sendo invocada como excludente de criminalidade (2017, p. 12).

---

conter a pandemia do novo coronavírus, acaba expondo essa população a uma maior incidência de violência doméstica. **Violência contra crianças pode aumentar 32% durante pandemia.** Disponível em: Violência contra crianças pode aumentar 32% durante pandemia - TV Jornal (uol.com.br). Acesso em 28 de maio de 2021.

Em notícia divulgada no Correio Brasiliense, em 10/05/2021, o Disque 100, serviço de denúncias do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, registrou 95.247 denúncias em 2020, um sensível acréscimo contra os 86.800 casos relatados em 2019. Este é o maior patamar desde 2013. No caso do Distrito Federal, houve um aumento de 236,13% nas denúncias em 2020, segundo a Secretaria de Justiça (Sejus). A maior parte delas relacionada a negligência. *In Violência invisível: 11 crianças são agredidas ou negligenciadas por hora no Brasil.* Disponível em: Violência invisível: 11 crianças são agredidas ou negligenciadas por hora no Brasil (correiobrasiliense.com.br). Acesso em 28 de maio de 2021.



A alienação parental, sob as mais variadas formas, é um tema recorrente na esfera familiar, principalmente nos núcleos que enfrentam os problemas decorrentes da dissolução da união entre os genitores. Quando a investigação recai sobre pretensa ocorrência de abuso sexual incestuoso, o psicólogo forense deve considerar uma ampla gama de hipóteses, inclusive a possibilidade de sua não ocorrência, atraindo para o caso hipóteses de alienação parental por parte de um dos genitores, o qual induz a criança ou o adolescente a pensar que está realmente sendo vítima de abuso sexual, isto é o que se chama de Síndrome da Alienação Parental. Este termo foi criado pelo psiquiatra Richard Gardner, que define a Síndrome:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 2002, p.2).

Pode-se afirmar, portanto, que a Síndrome de Alienação Parental (SAP) é uma forma de abuso emocional praticado pelo alienante contra o alienado, objetivando o rompimento da relação com o genitor-alvo, tornando a convivência harmoniosa impossível, e fazendo com que a criança não tenha o suporte necessário para a devida formação pessoal.

A alienação parental também é definida por Figueiredo e Alexandridis em sua obra:

Muitas vezes, um dos genitores implanta na pessoa do filho falsas ideias e memórias com relação ao outro, gerando, assim, uma busca em afastá-lo do convívio social, como forma de puni-lo, de se vingar, ou mesmo com o intuito falso de supostamente proteger o filho menor como se o mal causado ao genitor fosse se repetir ao filho (FIGUEIREDO, ALEXANDRIDIS, 2014, p.39).

A alienação parental é um problema de extrema relevância, uma vez que afeta o psicológico da criança ou o adolescente, levando-o a pensar que está sofrendo realmente um abuso sexual por meio de falsas memórias, o que pode tornar a investigação do profissional mais dificultosa, uma vez que ao visar punir um dos genitores pelo abuso sexual, pode estar deixando o outro genitor ficar impune ao inserir essas memórias.

Há a fase em que um dos genitores visa implantar no menor à respeito do outro, por meio de falsas memórias, “começam a se produzir no filho comportamentos típicos de negação, confronto e temor de se relacionar com o outro genitor. Os laços emocionais com o alienador estão mais reforçados” (COSTA, p. 3). O implante dessas memórias, cujo intuito é denegrir a imagem do outro na criança ou adolescente por parte de um genitor, é motivada por algum acontecimento que o levou a querer que o menor permaneça afastado do outro genitor, o motivo mais comum é a dissolução do casal, e a disputa pela guarda unilateral.

A Lei 12.318/10, a qual dispõe sobre a alienação parental, explica o procedimento que o magistrado deve tomar ao se deparar com uma possível alienação parental no processo de investigação do abuso sexual:

Art. 5º - Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial. § 1º - O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação

da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor. § 2º - A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. § 3º - O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada (BRASIL, 2010).

Para a investigação da ocorrência de alienação parental, é necessário que seja avaliado o comportamento da criança ou do adolescente, uma vez que a alienação feita pelo genitor mude intensamente a atitude do menor, não só no âmbito familiar, mas também no desempenho escolar, pois este é afetado psicologicamente pelo alienante. Além disso, Gardner, em seus estudos descreveu detalhadamente os sintomas que crianças que passam por esse processo possam vir a demonstrar na síndrome:

Similarmente, a SAP é caracterizada por um conjunto de sintomas que aparecem na criança geralmente juntos, especialmente nos tipos moderado e severo. Esses incluem:

1. Uma campanha denegatória contra o genitor alienado.
2. Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação.
3. Falta de ambivalência.
4. O fenômeno do “pensador independente”.
5. Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.
6. Ausência de culpa sobre a crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado.
7. A presença de encenações ‘encomendadas’.
8. Propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado (GARDNER, 2002, p. 3).

É por meio desses sintomas demonstrados pelo menor e pelas pesquisas à respeito do ambiente de convívio e relacionamento com os pais, que o profissional investigador ficará apto a distinguir o abuso sexual da possível alienação parental, pois é sua avaliação que pode decidir o futuro da criança ou adolescente vulnerável e sua condição psicológica presente e futura.

### **3 Os meios de identificação do abuso sexual incestuoso, e os cuidados do psicólogo na investigação**

O abuso sexual incestuoso contra crianças e adolescentes é mais comum do que parece, e identificá-lo é algo que demanda tempo e cuidado profissional, visto que trata-se de menor de idade e ocorre dentro do ambiente doméstico, tornando-se muitas vezes, um segredo familiar.

Além disso, há grande dificuldade de obtenção de qualquer tipo de prova física e testemunhal que identifique a ocorrência do abuso, sendo esta provada somente se o menor for levado a perícia médica e psiquiátrica. Para que as suspeitas tornem-se públicas, denúncias por parte de vizinhos, familiares, amigos e educadores são fundamentais.

Dessa maneira, o método mais viável é a entrevista investigatória por meio de perícia multidisciplinar, que deve ser dirigida com cautela e profissionalismo para a obtenção de informações concretas e satisfatórias para o desenrolar dos acontecimentos

Embora a lei seja bastante clara no que diz respeito aos direitos que devem ser assegurados às crianças e adolescentes, os operadores da lei deparam-se com uma dificuldade muito concreta em seu trabalho: como obter informações fidedignas a respeito das práticas a que são submetidas crianças e adolescentes? Se esta questão não for respondida, o Estado estará impossibilitado de cumprir com seu papel (STEIN, PERGHER, & FEIX, 2009, p. 9).

Um dos métodos mais comuns utilizados para identificar o possível abuso é a entrevista investigativa, e, por tratar-se de criança e adolescente, é preciso que esta seja realizada de maneira cautelosa, uma vez que extrair o testemunho do menor é uma tarefa difícil, e cabe ao psicólogo forense investigar tal ocorrência

Por parte do Direito, há o crescente reconhecimento da criança como um indivíduo em formação e, portanto, com capacidades e necessidades distintas dos adultos. Além disso, sabe-se que grande parte das crianças que chega a depor, está recordando e relatando experiências difíceis, algumas delas traumáticas e constrangedoras, pois evoluem, muitas vezes, informações relativas à suas vidas íntimas e privadas (como, por exemplo, nos casos de abuso sexual) (STEIN, PERGHER, & FEIX, 2009, p. 15).

Diversos protocolos de entrevistas foram construídos ao longo do tempo para aumentar o contributo da vítima, de modo que o psicólogo forense aplique essas técnicas com o intuito de aumentar a quantidade de informação sobre o fato, e a credibilidade desta.

Um método de entrevista muito utilizado e pesquisado para avaliação é o desenvolvido no *National Institute of Child Health an Human Development* – NICHD, possibilitando que o profissional se utilize de um maior número de questões abertas, de forma que sejam abordadas perguntas menos diretas sobre o abuso, esperando que a criança sinta-se mais à vontade para relatar o fato principal. Segundo Pacheco<sup>4</sup>, este foi desenvolvido com o objetivo de uma condução da entrevista investigatória de forma eficaz, o qual, constituído por linhas de orientação, leva à consecução de informação detalhada e mais completa sobre o acontecimento em questão.

---

<sup>4</sup> (2012, p. 5, apud Orbach et al., 2000; Hershkowitz et al., 2007b);

De acordo com Peixoto, Ribeiro & Lamb<sup>5</sup>, no protocolo NICHHD devem ser criadas condições que permitam a revelação do abuso sexual, entrevistando a criança e o adolescente o menor número de vezes possível, preferindo que esta seja realizada por um único profissional, pois é possível que o sentimento de insegurança e o impacto traumático sofrido aumente. Além disso, objetiva-se que o menor relate os fatos conforme suas próprias palavras, sendo possível que esta seja interrompida apenas para que seja encorajada a dar continuidade ao relato, uma vez que pode haver certa relutância por motivos de sentimentos de vergonha, culpa e medo de como os próprios progenitores podem reagir.

Outro método de entrevista utilizado é o PEACE. De acordo com Stein, Pergher e Feix (2009, p. 25), a sigla PEACE representa um mnemônico para cinco etapas principais: Planning and preparation (Planejamento e preparação); Engage and explain (Engajar e Explicar); Account (Relato); Closure (Fechamento) e Evaluation (Avaliação).

Na etapa de Planejamento e Preparação, o profissional deve criar a estratégia a ser adotada na entrevista, obtendo informações a respeito da vítima, organizando o ambiente da melhor maneira e aumentando as chances de obter informações a respeito do fato, além de entrevistar familiares e professores.

Com essa postura de planejamento, o entrevistador pode se assegurar que todas as questões estarão cobertas e as perguntas-chave serão feitas durante a coleta de testemunho, pois, na maioria dos casos, essa oportunidade se perde no momento em que a entrevista é concluída (STEIN, PERGHER e FEIX, 2009, p. 26).

---

<sup>5</sup> (2011, apud Stein, Pergher, & Feix, 2009);

A segunda etapa, Engajar e Explicar é subdividida em três seções. Segundo Stein, Pergher e Feix,

Na primeira seção estão descritos os fundamentos do processo de engajar a testemunha na coleta de depoimento. A segunda seção é dedicada aos fundamentos relativos à explicação dos objetivos da entrevista. Na terceira e última seção, são propostos exercícios práticos para consolidação dos conteúdos apresentados nas seções iniciais (2009, p. 27).

Este processo de engajamento da testemunha é necessário para que ela se sinta confortável na presença do profissional, devendo tomar cuidado com as expressões corporais, mantendo expressão amigável para que a criança ou o adolescente sinta-se seguro ao contar seu relato, além disso, é essencial explicar detalhadamente o papel do psicólogo forense no momento da avaliação e as razões pela qual fará os questionamentos.

As etapas anteriores são uma preparação para a terceira etapa, a de Relato e Clarificação, pois o sucesso desta depende das que a precedem. É necessário deixar que o entrevistado faça seu relato do ocorrido de forma livre, sem que o profissional o induza a se pronunciar sobre determinado momento do acontecimento, nem deduza o que pode ter acontecido no ato do abuso. Não é apropriado que o psicólogo interrompa o menor durante o relato, devendo apenas demonstrar escuta ativa, concordando com esta e anuindo com gestos corporais, usando da palavra apenas no momento da clarificação, onde é retomada à lacuna que permaneceu no relato do acontecimento.

Sob essa perspectiva, Stein, Pergher e Feix sustentam que,

É importante ter em mente que a retomada da lacuna tem por objetivo situar a criança /adolescente quanto ao ponto a ser questionado, e não conduzi-lo a uma determinada resposta. Em outras palavras, o entrevistador, ao retomar uma lacuna deixada no relato livre, visa especificar ao entrevistado qual é a

parte do relato sobre a qual ele gostaria de coletar mais informações. Nunca é demais lembrar que é o menor quem detém as informações relevantes, e não o entrevistador. É indispensável que as questões da etapa de clarificação também sejam formuladas como perguntas abertas (2009, p. 35).

Na penúltima etapa de Resumo e Fechamento, o entrevistador deve repetir de forma resumida o ocorrido, usando as mesmas palavras do entrevistado, de forma que fique clara sua compreensão e possibilite que esta lembre-se de informações adicionais e úteis para o caso. É importante também que o profissional faça o fechamento da entrevista de maneira que deixe o menor em um estado emocional positivo e dê espaço para que seja questionado, além de oferecer seu apoio e disponibilidade para qualquer necessidade ou lembrança que possa surgir futuramente.

Torna-se importante salientar que no momento da entrevista,

[...] o entrevistador pode obter todas as outras informações sócio-demográficas (e.g., nome completo, idade, endereço, etc.), ou preenchimento de formulários. Tendo em vista que a maioria dessas informações é obtida através de perguntas fechadas, ao deixar essa parte para o final da entrevista, o entrevistador minimiza os efeitos danosos que esse tipo específico de perguntas produz na entrevista (STEIN, PERGHER, & FEIX, 2009, p. 40).

É essencial que o entrevistador esteja sempre ativo no caso, desde o momento anterior a entrevista, mas durante o momento posterior, “o processo da entrevista não termina quando o entrevistador se despede do entrevistado. Mesmo depois dos cumprimentos finais, ainda há trabalho a ser feito” (STEIN, PERGHER E FEIX, 2009, p. 40). Há a etapa da Avaliação e Educação Continuada, onde o profissional avalia sua entrevista, destacando os pontos principais e úteis para a continuidade do processo, além de autoavaliar seu desempenho na entrevista, que deve ser contínua



para que possíveis vícios e hábitos prejudiciais em sua atitude não voltem a ocorrer.

A entrevista com o menor é essencial para que o possível abuso sexual incestuoso seja descoberto, pois outras maneiras de chegar até a verdade que não por meio da entrevista investigatória são inadequadas e podem não gerar o efeito esperado.

Na entrevista também é possível que o psicólogo forense venha a identificar possível alienação parental e falsas memórias que o pai ou a mãe estejam submetendo a criança ou o adolescente, possibilitando a continuidade do processo de maneira a punir o verdadeiro culpado.

#### **4 As consequências do abuso sexual para a criança ou adolescente**

As denúncias de abuso sexual incestuosas acarretam a investigação pericial, de modo que esse abuso seja identificado e a criança possa ter um tratamento médico e psicológico, auxiliando em seu crescimento sem traumas e danos à saúde. Ocorre que muitas vezes, esses casos não vêm à tona por diversos motivos, deixando as vítimas de abuso desamparadas e gerando consequências.

Em sua perspectiva, Borges ressalta algumas possíveis consequências:

O abuso sexual contra crianças pode ser considerado um fator de risco para o desenvolvimento infantil, devido às severas consequências cognitivas, emocionais e comportamentais que são relacionadas à sua ocorrência. O impacto pode envolver efeitos a curto e a longo-prazo, estendendo-se até a idade adulta (2007, p.18).

O abuso sexual incestuoso (ASI) envolve os familiares mais próximos, como pais, avós e pessoas que participam do convívio da vítima, que deveriam promover a segurança do menor. Este abuso é definido pelos

autores Costa, Andrade e Medeiros (2012, p.16), como o “comportamento sexual explícito ou implícito que um parente adulto impor a uma criança/adolescente, aproveitando-se de sua condição de adulto para satisfazer seu próprio prazer sexual”.

A família é quem deve promover afeto e cuidados à criança e ao adolescente, para que haja um desenvolvimento saudável e sem danos psicológicos, mas, muitas vezes essa figura protetora que a mãe e o pai representam, pode ser utilizada para induzir o menor a praticar tais atos sem que se dê conta de que são impróprios e sintam como se fosse uma prática natural, ou, mesmo tendo conhecimento, calando-se diante da situação por algum motivo,

O incesto envolve cenas de sedução, carinho e violência com uma pessoa afetivamente próxima à criança, envolvendo assim a quebra de confiança com as figuras parentais e/ou de cuidado, que, a princípio, deveriam promover a segurança, conforto e bem-estar psicológico (DE ANTONI KOLLER, 2002 apud BORGES, 2007 p.21).

Tais atos abusivos geram consequências para a vítima, que podem não ser demonstrados apenas no momento em que está sendo vítima do abuso sexual, mas também futuramente. Ainda na infância, esses abusos podem trazer sérios problemas, como, por exemplo, no desenvolvimento físico da criança ou adolescente, pois o corpo que está em sua fase de crescimento passa a sofrer com atos atípicos. Algumas consequências do ASI são severas, exemplificadas por Borges (2007, p. 22) “como trauma físico, doenças sexualmente transmissíveis, abortos e gravidez indesejada na adolescência”.

Há ainda outras sérias consequências emocionais decorrentes do abuso sexual incestuoso, como o medo, ansiedade, depressão e sentimento de culpa. Outras consequências de cunho sexual, também, podem vir a

ocorrer, como comportamento sexual inapropriado diante de outras pessoas. Segundo FLORENTINO (2015, p. 5), “o comportamento sexual inapropriado é caracterizado por brincado ou brincadeiras de cunho sexual com bonecas; [...] comportamento sedutor; conhecimento sexual inapropriado para a idade [...]”.

O comportamento sexual inapropriado decorrente das relações de abuso ocorre inclusive na juventude,

entre adolescentes, é possível detectar a agressão sexual sobre outras crianças, especialmente no caso de meninos que sofreram agressões sexuais na pré-adolescência. Já entre as meninas, é comum observar uma tendência à repetição do que sofreram, através de comportamentos que se manifestam em atitudes de sedução. Nos casos mais extremos, é possível verificar a ocorrência de situações consideradas perversas, nas quais, de certa forma, algumas vítimas de abuso sexual podem pender para a ninfomania e até mesmo prostituição (GABEL, 1997, apud FLORENTINO, 2015, p. 5).

Além disso, os reflexos do que viveu no passado irão interferir na vida adulta, tanto psicologicamente, de modo que afete na vida profissional e no desenvolvimento de atividades de cunho social, por meio de algum transtorno que possa desenvolver, quanto fisicamente, afetando as relações que pode vir a ter, com alterações comportamentais, e dificuldade de confiar no outro de modo que possa estabelecer relações interpessoais.

Esses reflexos podem ser percebidos na vida adulta,

[...] os principais sintomas ou sinais perceptíveis através de manifestações de alta atividade sexual; confusão e ansiedade a respeito da identidade sexual para aqueles que sofreram abuso homossexual, especialmente vítimas do sexo masculino; dificuldades no ajustamento sexual adulto (dificuldades conjugais, impotência, ansiedade sexual, menor satisfação sexual, evitação de sexo ou desejo compulsivo por sexo); e confusão quanto aos valores sexuais (ROMARO; CAPITÃO, 2007, apud FLORENTINO, 2015, p.5).

O Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT) é uma das principais consequências advindas do abuso sexual incestuoso, podendo este, persistir além da vida infantil e adulta, prolongando-se de maneira que afete a vítima permanentemente,

[...] é realizado após a pessoa vivenciar, testemunhar ou ter sido confrontada com um ou mais eventos traumáticos, avassaladores, e reagir com intenso medo, pavor ou comportamento de esquiva. Os critérios de TEPT são agrupados em três categorias de sintomas, a saber: 1) re-experiência intrusiva do trauma; 2) esquiva persistente de estímulos associados com o trauma e entorpecimento da reatividade geral; e, 3) sintomas persistentes de excitabilidade fisiológica (DSM-IV, APA, 2002, apud BORGES, 2007, p. 23).

O Transtorno de Estresse Pós-Traumático pode ocorrer por meio de sonhos e pesadelos que envolvam lembranças traumáticas, associadas a angústia e ao sofrimento da vítima. Esses sonhos, decorrentes de lembranças vividas pela vítima, interfere nas atividades cotidianas, provocando sintomas, que segundo Borges (2007, p. 23 apud Câmara Filho & Sourgey) são “sintomas de taquicardia, respiração ofegante, formigamentos, sudorese, tonturas, dores abdominais, entre outros [...]”, que acompanham as lembranças vividas pelo trauma.

De acordo com Pynoos (1992 apud Borges, 2007), as crianças afetadas pelo TEPT podem sofrer além desses sintomas, outros como a reencenação do trauma por meio de jogos e brincadeiras, a recusa em comparecer em certos locais ou realizar atividades habituais que antes eram realizadas, também a perda de habilidades e retrocesso no desenvolvimento, dificuldade de concentração, irritabilidade, além de outros sintomas que devem ser observados com a mudança de comportamento.

Apesar de a criança sofrer com as consequências das relações abusivas por parte dos genitores, muitas delas veem a situação como uma possível forma de carinho, a qual não é agradável para si, mas por pensar que este ato é comum entre relação pais e filhos, acabam por silenciar acerca do assunto. Já em relação aos adolescentes, apesar de já terem o conhecimento da imoralidade do ato e do sentimento de repulsa que a sociedade impõe a este, muitas vezes por medo ou vergonha do que possa acontecer consigo ou com o restante da família, também opta por calar.

Costa, Andrade e Medeiros comentam acerca do abuso incestuoso:

Inaceitável e repulsivo, o abuso sexual incestuoso desperta atitudes contraditórias nas pessoas, pois mantém muitas vezes o inadmissível em segredo. Eis a principal característica desse tipo de violência: constitui-se num dos segredos mais bem guardados nas histórias de família (2013, p. 16).

Essas atitudes silenciosas são as que acarretam os danos exemplificados acima, a vítima deixa de contar o que está acontecendo ou denunciar o fato, acabando por permitir que os abusos continuem até que o pai ou a mãe resolvam parar, ou até que cresça e tome atitude à respeito.

Importante ressaltar, que essa relação incestuosa na família, nem sempre advém de uma relação abusiva, mesmo havendo atos sexuais considerados impróprios, se a criança ou o adolescente sente-se confortável com a situação, esses atos podem não ser considerados abuso, pois não há que se falar em nenhum tipo de agressão ou atitude que venha a obrigar a relação, mas, como a relação sexual com menores de 14 anos é crime de estupro de vulnerável aqui no país, é considerado o abuso sexual mesmo que haja esse consentimento do menor.

Esta é uma situação bastante polêmica, visto que a grande maioria da população vê a família apenas como um ente que deve proteger, dar afeto e educar, sem que haja relações atrativas entre ascendentes e

descendentes. Dessas relações de atração, surgem os questionamentos acerca da conduta dos pais, se sua prática é forçada ou não e se isso pode tornar-se um problema para o menor futuramente.

As consequências que o ASI gera na vítima podem impactar negativamente não apenas durante os acontecimentos, mas por toda a fase adulta, de forma que “o fornecimento de suporte psíquico nestes casos pode contribuir para diminuir os efeitos psicossociais que a violência sexual produz nas crianças, nos adolescentes e nas famílias” (BORGES, 2007, p.69).

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente, de verve constitucional (art. 227), reclama efetividade nas mais diversas searas de incidência. Sem dúvidas, portanto, que o crescimento saudável de nossos jovens, tanto física como psicologicamente, deve ser tratado como prioridade estatal.

### **Conclusão**

O tema em foco torna-se um problema social, que deve ser debatido pela sociedade em geral, e, principalmente, pelos profissionais que possuem o dever de proteger e conduzir o menor àquele familiar que melhor pode fornecer o devido amparo, assim como, visando denunciar qualquer prática comprovada e punir àqueles que interferem criminosamente no desenvolvimento físico e psicológico do menor em foco.

Além disso, é importante observar os métodos que o profissional utiliza na investigação do ocorrido, tanto na parte da investigação anterior ao contato com a criança/adolescente, quanto na parte do posterior contato direto com a mesma, uma vez que, se tratar o caso de forma equivocada, pode não apenas interferir no relato da vítima, como também

na saúde psicológica do investigado, promovendo impactos negativos por toda a vida adulta.

Nota-se ao decorrer do estudo, a imperiosa necessidade de que a sociedade esteja em pleno conhecimento dessa realidade, e que quaisquer sintomas de abuso sexual que sejam detectados, sejam também levados a conhecimento das autoridades aptas a investigar e tomar as devidas providências, de modo que, se o infante realmente estiver sendo alvo de Abuso Sexual Incestuoso ou mesmo de outra forma de Alienação Parental, os impactos futuros sejam amenizados de maneira que não venham a interferir no futuro da vítima.

## **Bibliografia**

BORGES, Jeane Lessinger. **Abuso sexual infantil: consequências cognitivas e emocionais**. 2007. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/10807/000601985.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 28 de maio de 2021.

BRASIL. **LEI 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010**. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Acesso em 28 de maio de 2021.

COSTA, Irlena Maria Malheiros da; ANDRADE, João Tadeu de; MEDEIROS, Regianne Leila Rolim. **Abuso sexual incestuoso: desvio, crime e resiliência**. 2013. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/revcienso/article/viewFile/835/812>> Acesso em 28 de maio de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**: 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**: 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FLORENTINO, Bruno Ricardo Bérghamo. **As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes.** 2015. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/fractal/v27n2/1984-0292-fractal-27-2-0139.pdf>> Acesso em 28 de maio de 2021.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Tradução por Rita Faeli. 2002. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxhbGllbmFjYW9wYXJlbnRhbHxneDo3NWEzNjZlZlFjY2JjOWVl>> Acesso em 28 de maio de 2021.

MARTINS, Thaís. Violência contra crianças pode aumentar 32% durante pandemia. **Correio Brasiliense.** Disponível em: Violência contra crianças pode aumentar 32% durante pandemia - TV Jornal (uol.com.br). Acesso em 28 de maio de 2021.

PACHECO, Raquel Cunha. **Entrevista Forense com crianças abusadas: Contributos para a adaptação do Protocolo do NICHD ao contexto português.** 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9239/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Raquel%20-%20final.pdf>> Acesso em 28 de maio de 2021.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz; FEIX, Leandro da Fonte. **Desafios da oitiva de crianças e adolescentes: técnica de entrevista investigativa.** 2009. Disponível em: <[https://www.mpap.mp.br/images/infancia/t%C3%A9cnicas\\_de\\_entrevista\\_investigativa-1.pdf](https://www.mpap.mp.br/images/infancia/t%C3%A9cnicas_de_entrevista_investigativa-1.pdf)> Acesso em 28 de maio de 2021.

VILELA, Pedro Rafael. Violência contra crianças pode aumentar 32% durante pandemia. **Brasília, 20/05/2020.** Seção Direitos Humanos. Disponível em: Violência contra crianças pode aumentar 32% durante pandemia - TV Jornal (uol.com.br). Acesso em 28 de maio de 2021.



## O prazo decadencial da ação rescisória frente a segurança jurídica e a celeridade processual <sup>1</sup>

*Laiane Moretto*<sup>2</sup>

*Maria Carolina Rosa de Souza*<sup>3</sup>

### 1 Introdução

O presente artigo busca analisar as correntes existentes no atual cenário jurídico acerca do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, uma vez que há significativa divergência nos posicionamentos dos tribunais superiores e de parcela da doutrina.

O Superior Tribunal de Justiça é adepto a aplicação literal da Súmula 401 por ele proferida, no ano de 2009, quando ainda vigia o antigo Código de Processo Civil, defendendo que o prazo decadencial apenas tem início quando não houver mais possibilidade de interposição de recurso da última decisão proferida no processo, uma vez que as sentenças seriam protegidas pela indivisibilidade. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal e alguns doutrinadores admite, a existência de capítulos autônomos de sentença e, portanto, da consequente coisa julgada parcial, o que enseja também a contagem autônoma do prazo em questão. Outra posição defendida pelos doutrinadores, considerada intermediária, é aquela que entende que deve-se observar apenas o prazo limítrofe de dois anos após

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido por Laiane Moretto, acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

<sup>2</sup> Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, e-mail: 167781@upf.br.

<sup>3</sup> Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: mariacsouza@upf.br. Lattes:[https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG\\_MENU.menu?f\\_cod=60680B9F6A786EB24DDD398D156ADC1C](https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=60680B9F6A786EB24DDD398D156ADC1C)

o trânsito em julgado da última decisão processual, não havendo prazo inicial e, portanto, podendo ser proposta a rescisória imediatamente.

O estudo do prazo decadencial do instituto processual em questão é de suma importância, haja vista a conexão da matéria com os princípios constitucionais da segurança jurídica e da celeridade processual, uma vez que a marcha da demanda jurídica deverá estar equilibrada, não podendo ser demasiadamente célere e nem tanto morosa, com vistas a não prejudicar nenhuma das partes que buscam a segurança jurídica garantida através da efetiva coisa julgada.

Destarte, com o objetivo de verificar qual caminho é o mais adequado para propor a ação rescisória quando estiver confrontado com tais princípios, o presente artigo inicia pela análise e compreensão de que se trata o pedido, a possibilidade de sua cumulação e subdivisão que podem ocasionar decisões parciais de mérito abarcadas pelo Código de Processo Civil de 2015. Após, necessário que se entenda o que é a coisa julgada e qual sua relação com os princípios da segurança jurídica e da celeridade processual, para, por fim, verificar as correntes existentes sobre o prazo decadencial e qual delas está mais apta a garantir a observância das garantias constitucionais.

## **2 As decisões parciais de mérito no Código de Processo Civil de 2015**

O Código de Processo Civil de 2015, buscando prestigiar as decisões de mérito e a cooperação processual entre o juiz e as partes, apresenta uma espécie diferenciada de pronunciamento judicial: as decisões parciais de mérito. Muito embora já existisse essa forma de decidir no Código de Processo Civil de 1973, a decisão parcial de mérito ganhou uma nova roupagem e tem sido objeto de estudos doutrinários e jurisprudenciais em razão das consequências do seu pronunciamento.

A compreensão do que seja uma decisão parcial de mérito implica necessariamente no entendimento do pedido, um dos requisitos de admissibilidade da petição inicial.

Pedido diz respeito a um elemento da ação, estando mais presente e estruturado na petição inicial, momento em que o autor conclui sua demanda demonstrando aquilo que requer (SÁ, 2020, p. 188). Sobre a grande relevância do pedido no processo judicial, bem elucidada Lunardi (2019, p. 419) que “o pedido é o núcleo da petição inicial, o objeto da demanda, a pretensão material deduzida em Juízo”. No mesmo sentido, explana Theodoro Jr. (2015, p. 01-02) que o pedido é o ato processual mais importante para o autor, isso porque é através dele que o autor exercita seu direito de ação, dirigindo-se ao Estado, com o intuito de atingir o réu.

Theodoro Jr. (2020, p. 750) também menciona que é através do pedido que se revela o objeto da ação e do processo, assim, demonstrando o fato e o fundamento jurídico o autor apresenta duas medidas ao juiz, uma sentença que dê a solução à lide, considerada pedido imediato e uma tutela específica ao bem jurídico lesado ou ameaçado, que por sua vez, trata-se de pedido mediato. Acerca desta possibilidade de subdivisão, explana Pinho (2020, p. 579), que o pedido é mediato uma vez que está relacionado com o bem da vida pretendido, enquanto o imediato diz respeito ao tipo de sentença almejada.

Rodrigues e Lamy (2019, p. 152) elucidam que pedido mediato é o objeto pretendido pelo autor, que vincula a natureza da sentença e os temas analisados, diretamente ligado aos fins processuais, e em sua oposição está o pedido imediato que é o próprio caminho e meios processuais escolhidos pelo autor, que está ligado às formas através das quais seguirá o processo.

Importante instituto processual civil é o da possibilidade de cumulação de demandas num mesmo processo, que encontra respaldo

legal desde o Código de Processo Civil de 1939, uma vez que o art. 155 dispunha que: “será permitida a cumulação de pedidos quando forem entre si conexos e consequentes, competirem ao mesmo juiz, e for idêntica a forma dos respectivos processos”.

Ocorre que no diploma de 1973 a conexão entre os pedidos deixou de ser requisito para a cumulação, pois conforme disposição do art. 292<sup>4</sup>, CPC/73, permitia-se a cumulação de pedidos ainda que entre eles não houvesse conexão.

O fenômeno da cumulação de pedidos pode ser entendido como uma faculdade da parte autora baseada no princípio da economia processual. Para Greco (2011, p. 15), além de garantir a economia processual, a cumulação de ações busca evitar decisões contraditórias que poderiam ser proferidas se os pedidos fossem analisados em processos diversos.

O Superior Tribunal de Justiça também entende que a exigência de que para cada pedido exista uma ação específica, poderia ocasionar decisões contraditórias e ofensa a economia processual. Nos termos da ementa extraída da fundamentação jurídica apresentada no julgamento do Recurso Especial n. 1374222/RS, de relatoria de Luis Felipe Salomão, da Quarta Turma do Tribunal Superior, a vedação à cumulação dos pedidos afrontaria os princípios da instrumentalidade e da economia processual e “ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum, cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de natureza diversa”.

---

<sup>4</sup> Art. 292. “É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1<sup>o</sup> São requisitos de admissibilidade da cumulação: I - que os pedidos sejam compatíveis entre si; II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. § 2<sup>o</sup> Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário”.

A possibilidade de cumulação de pedidos pode ser dividida em imprópria e própria. Trata-se de cumulação imprópria aquela prevista no art. 326, CPC: “É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior. Parágrafo único. É lícito formular mais de um pedido, alternativamente, para que o juiz acolha um deles.”.

Bueno (2020, p. 365) refere que a doutrina em geral trata a possibilidade de pedidos subsidiários como cumulação imprópria, uma vez que embora a parte autora formule mais de um pedido, ao final do processo, apenas um deles será acolhido pelo magistrado.

Ainda é possível encontrar uma subdivisão da cumulação imprópria, através das nomenclaturas sucessiva e alternativa. Aduzem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 105) que há ocorrência de cumulação sucessiva quando a parte pretende o acolhimento de ambos os pedidos, sendo que para análise do pedido sucessivo o acolhimento do primeiro é tido como pressuposto lógico e imprescindível. Assim, o juiz apenas analisará o segundo pedido se acolher o primeiro, e, em caso de improcedência do pedido sucessivo, deverá ser observada a sucumbência parcial da parte autora.

Por sua vez, a cumulação sucessiva difere da alternativa, haja vista “pedido alternativo é, pois, o que reclama *prestações disjuntivas: ou uma prestação ou outra*” (THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 767, grifou-se). Ainda, acrescenta Theodoro Júnior (2020, p. 768) que o art. 326, CPC/15 traz como regra a existência de um pedido principal e os demais subsidiários, devendo o julgador observar a ordem estabelecida na petição inicial, sob pena de a decisão ser considerada *citra petita*.

Por outro lado, a cumulação própria encontra respaldo na previsão do caput do art. 327 do atual CPC, que segue no mesmo sentido do diploma de 1973, eis que expressamente menciona que não há necessidade de

conexão dos pedidos para que haja cumulação: “É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 104), trata que é possível verificar a diferença entre a cumulação simples (própria) da eventual (imprópria) pois a primeira é caracterizada pela autonomia entre os pedidos, à medida que a segunda caracteriza-se pela necessária dependência entre os pedidos.

O entendimento de Theodoro Júnior (2020, p. 770) é de que a cumulação própria é plena e simultânea, ocorrendo, portanto, uma cumulação de diversas ações, ao passo que cada um dos pedidos do autor representa uma lide diferente. Santos (2017, p. 566-567) aduz que embora não haja necessidade de conexão para a cumulação de pedidos, existem outros requisitos previstos no art. 327, §1º, CPC que precisam ser necessariamente preenchidos para que ocorra a cumulação própria, quais sejam, a compatibilidade entre os pedidos, a competência do juízo para conhecer de ambos e a adequação do procedimento.

A necessidade de mesmo procedimento, ou adequação do procedimento, é uma das regras previstas para a cumulação de pedidos, ocorre que, conforme explana Thamay,

§2º prevê que, se adotado o procedimento comum, poderá haver cumulação de pedidos de diversos ritos, pois, quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum (THAMAY, 2020, p. 304).

Esclarece, todavia, Câmara (2021, p. 211), que não será possível a cumulação quando os pedidos possuírem técnicas deveras incompatíveis com o rito comum, sendo que se forem utilizadas o procedimento especial seria desnaturado, é o que aconteceria caso se postulasse cumulativamente uma ação de investigação de paternidade com ação de inventário e partilha.

Ao dispor sobre a cumulação própria de pedidos, que, conforme verificado, é quando a parte busca o acolhimento simultâneo de todos os pedidos formulados, Didier Júnior (2017, p. 640) explica que o objeto do processo torna-se composto, o que implica que a decisão proferida seja dividida em capítulos.

A possibilidade de cisão da sentença em capítulos nos remete ao processualista italiano Giuseppe Chiovenda, que elaborou a primeira teoria, também considerada a mais restritiva, sobre o tema. Para o italiano apenas poderia ser considerado como um capítulo as unidades do ato que decidissem acerca do mérito em associação com os capítulos petitórios da inicial, devendo cada um ser dotado de autonomia e independência (EIRAS, 2011, p. 41). Em oposição ao posicionamento de Chiovenda, Francesco Carnelutti, jurista italiano, defendia que os capítulos encontravam-se nas soluções das questões, através da motivação da decisão exaurida e não no próprio julgamento da lide (RANGEL, 2017, texto digital).

Por sua vez, na doutrina nacional, lugar de importante destaque ocupa o doutrinador Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 34-45) que adotou a teoria do *capi di sentenza*, desenvolvida por Enrico Tulio Liebman, e elucida que cada capítulo traz uma disposição específica e diferente das demais proferidas na sentença, correspondendo assim a uma unidade autônoma do ato decisivo.

No CPC/73 a teoria dos capítulos não era expressamente prevista, hoje, embora não se encontre no diploma vigente um conceito legal sobre a possibilidade de a sentença ser dividida em capítulos, entende-se que ela é acolhida pelo CPC/15, conforme explana Câmara,

A teoria dos capítulos de sentença (*rectius*, capítulos de pronunciamento judicial) é expressamente adotada pelo CPC. Assim é que, no art. 966, §3º, se afirma expressamente ser possível o ajuizamento de ação rescisória para impugnar apenas um capítulo da decisão. O art. 1.009, §3º trata da possibilidade de haver questões processuais, estranhas ao mérito, capazes de levarem a pronunciamentos que são *capítulos da sentença*. E o art. 1.013, §5º faz referência ao capítulo de sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória (CÂMARA, 2021, p. 299, grifou-se).

Embora seja um ato único, há a possibilidade de que a sentença examine inúmeras pretensões, seja nas demandas cumuladas por mais de um pedido ou naquelas, sem cumulação, em que se examina a pretensão principal e a verba de sucumbência. A decomposição repercute em várias questões, como é o caso das nulidades, uma vez que eventual vício de um capítulo não afetará os demais, diferentemente do que ocorreria se a sentença fosse considerada como um todo (GONÇALVES, 2020, p. 191-192).

Nessa linha da possibilidade da divisão da sentença em capítulos encontra-se o julgamento parcial de mérito, que, por disposição do art. 356, do CPC/15<sup>5</sup> poderá ocorrer de forma antecipada quando um, mais de

---

<sup>5</sup> Art. 356. “O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355. § 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. § 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto. § 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva. § 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz. § 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento”.



um dos pedidos formulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento.

Assim, não é necessário que haja cumulação de pedidos para que a aplicação do julgamento antecipado parcial do mérito, eis que poderá ocorrer também em relação a parcelas de um mesmo pedido (ARAÚJO, 2020, p. 8).

Para Didier Júnior (2015, p. 688), o julgamento antecipado parcial do mérito trata-se de “uma técnica de abreviamento do processo. É manifestação do princípio da adaptabilidade do procedimento [...], pois o magistrado, diante de peculiaridades da causa, encurta o procedimento, dispensando a realização de toda uma fase do processo”. Gonçalves (2020, p. 81), indica que “o processo só terá uma sentença, já que ela é o ato que lhe põe fim ou encerra a fase de conhecimento. Todavia, o mérito poderá ser apreciado não apenas na sentença, mas em decisões de mérito, proferidas em caráter interlocutório”.

Quanto a natureza de decisão interlocutória, também observa Câmara (2021, p. 211), que “a decisão de julgamento imediato parcial do mérito tem natureza interlocutória, impugnável por agravo de instrumento (art. 356, §5º e art. 1.015, XIII)”. Tal natureza não impede que as decisões parciais de mérito se sujeitem a coisa julgada, uma vez que a questão foi analisada pelo juiz através da cognição exauriente (VARGAS, 2018, p. 44). Sendo assim, está a decisão “apta a lastrear a instauração de fase definitiva de cumprimento de sentença e, por conseguinte, a ser acobertada pela imutabilidade advinda da formação da coisa julgada” (NOGUEIRA; RAGAZZI, 2020, p. 92).

Destarte, observa-se que a possibilidade de elaboração da petição inicial cindida com mais de um pedido gera respaldos ao longo do processo como um todo. Porém, a cumulação não é requisito obrigatório quando fala-se em julgamento antecipado parcial do mérito, eis que este poderá

ser proferido até mesmo quando apenas parte da demanda já se estiver em condições de julgamento. Diante das possíveis decisões parciais, mister o estudo da consequente coisa julgada por elas produzida, frente aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da celeridade processual.

### **3 A coisa julgada e os princípios da segurança jurídica e da celeridade processual**

O fenômeno da coisa julgada está diretamente ligado ao desfecho do processo, uma vez que gera a imutabilidade daquilo que foi decidido na lide processual, conforme se infere na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), art. 6º, *caput* e § 3º<sup>6</sup>, uma vez que garante o respeito à coisa julgada conceituando-a como a decisão judicial da qual não caiba mais nenhum recurso.

Embora, conforme ensinamento de Wambier, Talamini e Almeida (2008, p. 566), o momento de formação da coisa julgada seja único, ela é dividida, doutrinariamente em duas espécies: a formal e a material.

Theodoro Jr. (2020, p. 1081) trata como coisa julgada formal aquela que acarreta a imutabilidade da sentença dentro daquele processo em que foi proferida, impedindo o juiz de reapreciar, o que já restou decidido, dentro do mesmo processo, esgotando-se a função jurisdicional (art. 505, CPC/15<sup>7</sup>). Porém, nada embaraça que a decisão proferida volte a ser discutida em um novo processo, uma vez que a autoridade da coisa julgada formal tem eficácia interna e, portanto, em regra “está restrita ao terreno do processo em que se originou, não impedindo a discussão do conteúdo decisório externamente” (CAVALCANTI, 2020, p. 02).

---

<sup>6</sup> Art. 6º. “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...] § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

<sup>7</sup> Art. 505. “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos rescritos em lei”.

Por outro lado, a coisa julgada material, prevista no art. 502, CPC/15<sup>8</sup> torna inalterável o conteúdo do que foi decidido naquele mesmo processo ou em processo diverso. Assim, da decisão de mérito protegida pela coisa julgada material verifica-se a existência de efeitos endoprocessuais e extraprocessuais, ou seja, dentro do mesmo processo em que foi proferida ou fora dele, respectivamente (MACHADO, 2019, p. 11).

Além da divisão da coisa julgada em formal e material, ela ainda pode ser dividida em total ou parcial, uma vez que, conforme já discorrido, num mesmo processo é possível que seja postulado mais de um pedido, podendo a sentença ser fragmentada em capítulos. Tais capítulos sentenciais podem ter transitado em julgado em datas distintas, gerando a coisa julgada parcial ou progressiva, podendo existir em um único processo várias coisas julgadas (CARDOSO, 2018, p. 03). Assevera Neves (2018, p. 703) que “o capítulo que decide parcela do mérito produzirá coisa julgada material ao transitar em julgado, não sendo possível o juiz posteriormente modificar a decisão ao resolver a parcela do mérito que demandou a continuidade, ainda que parcial, do processo”.

A coisa julgada ganha especial destaque, pois conforme Gonçalves (2020, p. 192-193) a razão jurídica do instituto é garantir a segurança das decisões, pondo fim ao conflito apresentado em juízo. Também sobre o tema se manifesta Nery Jr. e Nery (2014, p. 475), “a coisa julgada é elemento de existência do Estado Democrático de Direito”, no qual está calcada a República Federativa do Brasil, por expressa disposição do art. 1º da Constituição Federal.

A previsão do art. 5ª, XXXVI do mesmo diploma legal fundamenta tal posicionamento, uma vez que prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Ademais, pode-se dizer

---

<sup>8</sup> Art. 502. “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

que a coisa julgada também é instrumento para a concretização do princípio da segurança jurídica, que está previsto no *caput* deste artigo. Para Greco (2015, p. 168), além de ser uma garantia individual, também é uma garantia coletiva, eis que todos possuem interesse no bom funcionamento do judiciário e na estabilidade das decisões proferidas com base na legislação processual.

Verifica-se que a necessidade de se pautar a legislação pátria e processual em princípios está intimamente ligada ao doutrinador Robert Alexy (2006, p. 90), que preceitua que os princípios são mandamentos de otimização, que, em conjunto com as regras colidentes determinam o âmbito das possibilidades jurídicas.

Ocorre que, por vezes, ao buscar a segurança jurídica através da coisa julgada o juiz pode se deparar com conflitos decorrentes entre a coisa julgada e outros direitos, outros princípios previstos no texto constitucional ou até mesmo decisões posteriores dos tribunais superiores que entendam de forma diversa. A partir disso surge a discussão acerca da possibilidade da relativização da coisa julgada.

Para Reichelt (2016, p. 5), o sistema previsto pelo CPC de 2015 referente à relativização da coisa julgada busca ganhos de qualidade em termos de oferta de tutela jurisdicional, assegurando maior isonomia de tratamento e segurança jurídica aos jurisdicionados, uma vez que há previsão de que os tribunais devem buscar a uniformização de sua jurisprudência, como forma de mantê-la estável, íntegra e coerente.

Lado outro, Marinoni explana acerca da impossibilidade de ponderação pelo magistrado, frente a importância processual do instituto da coisa julgada,

[...] se a coisa julgada pudesse ser objeto de ponderação, não haveria como escapar da conclusão de que esta ponderação já teria sido feita pelo próprio legislador constitucional. O art. 5º, XXXVI, ao garantir a coisa julgada material,

mais do que afirmar a segurança jurídica, teria feito uma opção pelos princípios da segurança e da confiança diante do risco de eventuais injustiças. Nessa dimensão, a coisa julgada seria uma regra que impediria qualquer ponderação judicial. Isto porque, quando se está diante de bens ponderáveis, a ponderação legislativa exclui qualquer ponderação judicial sobre os bens já ponderados (MARINONI, 2018, p. 13).

Acerca do tema, assinala Lessa Neto (2019, p. 03) que a coisa julgada por si só nunca foi absoluta, isso porque é possível sua desconstituição através de ação rescisória e na existência de vícios transrescisórios. A ação rescisória está prevista no ordenamento jurídico desde o CPC/39, foi regulamentada no CPC/73 e hoje tem suas principais regras previstas nos artigos 966 a 975 do CPC/15. Cuida-se de um tipo processual autônomo que tem como objetivo inerente desconstituir a própria coisa julgada e por si, a decisão de mérito que já transitou em julgado (CARDOSO, 2018, p. 3).

Rosa (2018, p. 33), aduz que significativa mudança sobre a possibilidade de propositura da ação rescisória diz respeito ao objeto que poderá ser rescindindo, pois enquanto o *caput* do art. 485 do CPC /73<sup>9</sup> previa expressamente que sentenças de mérito poderiam ser rescindidas, o art. 966 do CPC/15, por sua vez, trata da possibilidade de rescisão de decisão de mérito, ou seja, qualquer decisão que analise o mérito é passível de ação rescisória, desde que enquadrada nas hipóteses do rol do referido artigo.

Para Bueno a alteração do texto legal substituindo a palavra sentença por decisão é correta, uma vez que

[...] o CPC de 2015 evidencia que não só sentenças ou acórdãos têm aptidão para o chamado trânsito material em julgado. Também decisões interlocutórias de mérito (e que sejam proferidas com base em cognição

---

<sup>9</sup> Art. 485. “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando [...]”.

exauriente) o têm, tanto quanto as decisões monocráticas ou unipessoais proferidas no âmbito dos Tribunais na mesma condição (BUENO, 2020, p. 758).

Assim o é que Theodoro Jr. (2020, p. 1079) considera que a autonomia da sentença, dividida em mais de um capítulo, tem grande influência no sistema recursal, na formação da coisa julgada e na consequente propositura de eventual ação rescisória, afinal, o art. 966, CPC/15<sup>10</sup> dispõe sobre a possibilidade da desconstituição de decisões de mérito transitadas em julgado, podendo, portanto, falar-se em ações rescisórias diversas e separadas da mesma sentença, inclusive em tempos diferentes.

Logo, embora as alterações acertadas no atual diploma processual civil possibilitando o ingresso de ação rescisória frente às decisões parciais de mérito, muito se discute acerca do início da contagem do prazo de propositura, isso porque o instituto está visceralmente ligado ao princípio da celeridade processual.

Tal princípio encontra-se insculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal<sup>11</sup>, ao lado do princípio da razoável duração do processo e implicam no direito de o cidadão atingir a satisfação do direito pretendido em um prazo razoável, não podendo se desrespeitar outras características do Estado Democrático de Direito, uma vez que a rapidez

---

<sup>10</sup> Art. 966. “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos”.

<sup>11</sup> Art. 5º. “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

demasiada pode não garantir o desenlace justo nem a efetividade da tutela jurisdicional (VAUGHN, 2016, p. 2).

Destaca-se que a Constituição Federal engloba os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, com a eficácia de norma constitucional e a ideia de que o processo observe um prazo razoável para que seja perfectibilizado advém desde Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil é signatário, e que além de outras matérias observou, no art. 8<sup>o</sup><sup>12</sup>, a garantia judicial da duração razoável do processo (BEZ, 2018, p. 20-21).

Para Didier Jr. (2017, p. 110), a celeridade processual não se trata de um princípio específico, uma vez que o processo não tem de ser rápido/célere, ele tem o condão de levar o tempo justo para garantir a solução do conflito posto ao órgão jurisdicional.

Assim, é de se observar que não é possível aplicar a celeridade processual com vistas ao desfecho instantâneo do processo, mas como instrumento de garantia de que o processo será findado no tempo que lhe é necessário, até porque a rapidez demasiada ou a morosidade podem levar a injustiças processuais e prejudicar direitos fundamentais.

#### **4 A divergência do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória**

Conforme anteriormente explanado, a coisa julgada é considerada um instrumento que visa garantir segurança jurídica às partes de um processo, bem como à sociedade como um todo. Porém, tal instituto pode ser relativizado através da ação rescisória quando a decisão de mérito estiver enquadrada nos casos previstos no rol taxativo do art. 966, CPC/15.

---

<sup>12</sup> Art. 8º. “Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Quanto a natureza jurídica da rescisória, pode-se dizer que trata-se de uma ação autônoma, que não detém natureza de recurso, mas que visa desconstituir a coisa julgada material (LUNARDI, 2019, p. 704). É conceituada por Bueno (2020, p. 759), como uma nova ação que não poderá ser confundida com aquela ação em que há a ocorrência da coisa julgada, a qual se objetiva rescindir. Ademais, já conceituava Miranda acerca da autonomia da ação rescisória,

Na ação rescisória há julgamento de julgamento. É, pois, processo sobre outro processo. [...] É remédio jurídico processual autônomo. O seu objeto é a própria sentença rescindenda – porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença – a *sententia lata et data* (MIRANDA, 1988, p. 495, grifou-se).

Dada a importância da ação rescisória frente à coisa julgada, e, por consequência, frente à segurança jurídica, indispensável a análise do prazo decadencial previsto no art. 975 CPC/15 para a proposição desta ação. Inclusive porque, conforme pontuado por Machado (2019, p. 34), tal prazo foi estabelecido pelo legislador com o objetivo de proteger e dar segurança jurídica para decisões que transitaram em julgado, eis que a coisa julgada é considerada um direito fundamental.

Por tratar-se de prazo decadencial, o “ato terá que ser exercido dentro de um determinado tempo, fora do qual ele não poderá mais efetivar-se porque dele decaiu o seu titular” (GONÇALVES, 2021, p. 210). Assim, na hipótese do transcurso do prazo decadencial “*in albis*”, ocorre a perda do direito de propor a rescisão, consolidando-se então a coisa soberanamente julgada, conforme pode se extrair da ementa proferida na ARE 864746 AgR., de relatoria do Ministro Dias Tofoli, “com o exaurimento de referido lapso temporal opera-se a coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação”.



Apesar do pacífico entendimento de que o prazo previsto é decadencial, a divergência reside quanto ao momento em que se inicia e se finda a contagem deste prazo nos processos em que há a formação de coisas julgadas parciais, uma vez que nestes casos a busca pela concretização dos princípios da celeridade processual e da segurança jurídica deve ser ainda mais equilibrada com o intuito de não causar injustiças processuais.

Sobre o tema é possível encontrar três correntes distintas, uma delas que defende a aplicação literal do disposto na Súmula 401 do STJ, que possibilita o ajuizamento da ação rescisória apenas nos dois anos que sucedem ao trânsito em julgado da última decisão do processo, outra aduzindo que tanto o termo inicial quanto o termo final são variáveis e, portanto, contados de forma autônoma, e, por fim, àquela que dispõe apenas sobre a necessidade de se observar o prazo final que ocorre após o trânsito em julgado da última decisão processual.

O STJ, na vigência do antigo código processual civil, já apresentava posicionamento de que o termo começa a fluir a partir da sentença transitada em julgado, uma vez que ela é una e indivisível, sendo “impossível, portanto, conceber-se a existência de uma ação em curso e, ao mesmo tempo, várias ações rescisórias no seu bojo, não se admitindo ações rescisórias em julgados no mesmo processo” conforme termos da ementa extraída da EREsp: 441252, sob a relatoria do Ministro Gilson Dipp. Tal posicionamento foi sedimentado em 2009, através da Súmula 401 do STJ, cuja redação dispõe que “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Yarshell (2015, p. 169) entende que a disposição da súmula 401 foi editada durante um período em que o contexto era de unidade e indivisibilidade da própria ação, e que, portanto, não era possível o

fracionamento da sentença, e, por óbvio, nem o trânsito em julgado parcial. Porém, após a edição da Súmula 401 do STJ, entrou em vigor o novo diploma processual civil, que dentre outras inovações processuais, recepcionou a possibilidade da fração do mérito, conforme já discorrido nos capítulos anteriores, e mesmo assim a técnica do CPC/73 e o estabelecido pela súmula mencionada, foram mantidos na redação do art. 975, CPC/15, que delimitou que o prazo de dois anos é contado “do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

Assim o é que, apesar da mudança contextual, é possível encontrar posicionamentos recentes de alguns tribunais de justiça e do próprio STJ aplicando a literalidade do art. 975, CPC/15 e da Súmula 401/STJ, como é o caso do entendimento exaurido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na ação rescisória, nº 70084495159, de relatoria de Jorge Luiz Lopes do Canto cuja ementa<sup>13</sup> demonstra que “O art. 975 da legislação processual civil estabelece o termo inicial para o ajuizamento da ação rescisória, que só passa a ser contado da data da última decisão proferida no processo, a qual transitou em julgado” e ainda menciona que pela dicção da “Súmula 401 do STJ, o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial” sedimentando, portanto, a impossibilidade de ajuizar ação rescisória antes do último pronunciamento judicial ser proferido e ter transitado em julgado. O Superior Tribunal de Justiça também manifestou-se no mesmo sentido ao julgar a REsp 1691526/RJ, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, expressando através da ementa<sup>14</sup> que o prazo de dois

---

<sup>13</sup> AÇÃO RESCISÓRIA. SEGUROS. VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. TERMO INICIAL PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO. DOIS ANOS APÓS A ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO. PRESCRIÇÃO. PRECLUSÃO INOCORRENTE. INDEFERIMENTO DA INICIAL. Petição inicial indeferida (TJRS, Ação Rescisória nº 70084495159, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 12 set. 2020).

<sup>14</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RESP. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL BIENAL. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO INTEMPESTIVO. AUSÊNCIA DE ATO DE MÁ-FÉ OU DESLEALDADE PROCESSUAL. ILUSTRATIVOS: AGRAVO INTERNO DO PARQUET FLUMINENSE DESPROVIDO. 1. [...] 3. Segundo a orientação desta Corte Superior, o prazo decadencial de 2 anos para o ajuizamento de Ação

anos “tem início com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, que se aperfeiçoa com o exaurimento dos recursos cabíveis ou com o decurso in albis dos prazos para sua interposição pelas partes”.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal entende que é possível a existência de capítulos autônomos, que “precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória” conforme argumentação<sup>15</sup> extraída da RE 666589 de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Tal entendimento também é aplicado por alguns tribunais de justiça, como é o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo que no julgamento da ação rescisória nº 2039543-83.2017.8.26.0000 explanou<sup>16</sup> que o início do prazo é “a partir do momento em que já não caiba qualquer recurso da decisão rescindenda”.

Na doutrina o posicionamento do Supremo também possui adeptos, visto que Araújo (2018, p. 14) entende que os termos iniciais são diferentes para cada decisão rescindenda, mas, “limitado sempre o prazo decadencial a dois anos do respectivo termo inicial”. Santos (2017, p. 08-09) manifesta

---

Rescisória tem início com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, que se aperfeiçoa com o exaurimento dos recursos cabíveis ou com o decurso in albis dos prazos para sua interposição pelas partes. 4. Tal entendimento restou consolidado no enunciado da Súmula 401/STJ, segundo o qual o prazo decadencial da Ação Rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial. 5. Ressalta-se que o verbete em referência não se limita a recurso interposto contra a decisão de mérito, uma vez que claramente se refere a qualquer recurso do último pronunciamento judicial, sem qualquer ressalva. 6. E, ao contrário do que restou consignado no acórdão, a Corte Especial do STJ reconheceu que a extemporaneidade do recurso não obsta a aplicação da Súmula 401 do STJ, segundo o qual o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial), salvo na hipótese de má-fé do recorrente (EResp. 1.352.730/AM, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJe 10.9.2015. AgInt nos EDcl no REsp. 1.695.661/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 29.5.2018. AgInt no AREsp. 220.777/RS, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 06.06.2017). 10. Agravo Interno do Parquet Fluminense desprovido (TJSP, AgInt no REsp 1691526/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 10 ago. 2020, divulgado em 18 ago. 2020).

<sup>15</sup> COISA JULGADA - ENVERGADURA. A coisa julgada possui envergadura constitucional. COISA JULGADA - PRONUNCIAMENTO JUDICIAL - CAPÍTULOS AUTÔNOMOS. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória. (STF, RE 666589 DF, Primeira Turma, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 25 mar. 2014, publicado em 03 jun. 2014).

<sup>16</sup> AÇÃO RESCISÓRIA. O direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, contado o prazo a partir do momento em que já não caiba qualquer recurso da decisão rescindenda. Decadência reconhecida. Ação julgada extinta (TJSP, Ação Rescisória 2039543-83.2017.8.26.0000, Sétima Câmara de Direito Público, Relator: Moacir Peres, julgado em 04 fev. 2019, publicado em 05 fev. 2019).

que o entendimento de que o termo final do prazo de dois anos é contado da última decisão do processo referente ao capítulo julgado é o mais compatível com a Constituição Federal.

Também para Dubra (2019, p. 85-86), a melhor interpretação que pode ser dada ao art. 975 do Código de Processo Civil é de que podem haver tantos prazos decadenciais para a propositura da ação rescisória, quanto capítulos cobertos pela autoridade da coisa julgada, se contando o prazo de dois anos a partir do trânsito de cada decisão.

Por fim, a última corrente apresenta posicionamento intermediário àqueles exauridos pelos Tribunais Superiores. Ao elucidar sobre a formação progressiva da coisa julgada e o prazo para rescisória, Ganacin (2020, p. 06) aduz que a intenção do legislador era de que o prazo decadencial iniciasse com o trânsito em julgado da última decisão, mas tal fato não impede que a ação rescisória seja proposta com o trânsito da decisão que se pretende rescindir, até porque o art. 218, § 4º, CPC/15 considera como “tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”.

Para Bellocchi, o prazo de dois anos da última decisão também se refere apenas ao termo final, sendo o prazo inicial variável de acordo com o trânsito de cada decisão

A norma do art. 975 do NCPC, ao dispor que o direito à rescisão se extingue em dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, define somente o termo final para a propositura de ação rescisória. Isso significa que o termo será variável, uma vez que o interesse de agir nasce com o trânsito em julgado da decisão de mérito que, por sua vez, como já explicado, pode ocorrer em diferentes momentos do processo (BELLOCCHI, 2018, p. 10).

Lucca (2016, p. 11) manifesta-se no mesmo sentido, aduzindo especificamente que “o que importa é que a ação rescisória seja proposta

em menos de dois anos do término do processo”. Também é filiado à esta corrente Gajardoni *et al.* (2018, p. 786), eis que argumenta que em virtude de o prazo inicial não estar expressamente previsto, pode ocorrer logo que ocorra o trânsito de cada capítulo, gerando uma mescla dos elementos das demais correntes.

Diante das incongruências entre as correntes expostas, constata-se que as diversas possibilidades de aplicação da contagem do prazo decadencial da ação rescisória nos processos que possuem decisões parciais de mérito ocasiona uma verdadeira insegurança jurídica.

### **Considerações finais**

Através do presente artigo verificou-se a existência de fracionamentos e cumulações de pedidos num mesmo processo, o que pode levar a cisão da sentença em capítulos ou até mesmo a proferição de decisões parciais de mérito, que produzem coisa julgada parcial em momentos distintos.

De início foi possível observar que deve-se partir da premissa de que uma demanda processual não pode ser célere demais para não ocasionar possíveis injustiças, mas também não pode perdurar por muito tempo, uma vez que é necessário que o feito tenha uma solução em tempo razoável para possibilitar que as partes encontrem segurança jurídica com base nas garantias constitucionais.

Neste ponto, ao tentar buscar um equilíbrio no lapso temporal do processo, encontra-se a divergência que deu origem a elaboração do presente artigo, qual seja, a evidente lacuna no art. 975 do Código de Processo Civil, referente ao prazo decadencial para a proposição do remédio processual da ação rescisória, bem como a existência de três principais correntes que tentam dar uma interpretação mais acertada ao tema.

Ao analisar cada uma das posições frente aos princípios já mencionados, entendeu-se que, àquela defendida pelo Superior Tribunal de Justiça que aceita a proposição apenas nos dois anos que sucedem o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, em observância literal à Súmula 401/STJ, contraria de forma clara o princípio da segurança jurídica, uma vez que referido lapso temporal é longo para a que a parte possa estar segura de que tenha ocorrido a coisa soberanamente julgada em sua demanda e que não poderá mais ser surpreendida por uma nova decisão. Tal posicionamento também não respeita a celeridade processual, eis que as partes devem aguardar até o fim do processo para ajuizar a respectiva rescisória referente a uma decisão que pode ter sido proferida muito antes disso, ocasionado uma morosidade processual.

Por sua vez, o posicionamento intermediário, apesar de garantir a celeridade processual, visto que possibilita que a parte proponha a ação rescisória tão logo a decisão tenha sido proferida, também atenta contra o princípio da segurança jurídica, pelo mesmo fato daquele já explanado, por possuir um termo final deveras extenso.

Ao final, o que pareceu mais acertado foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal e de alguns doutrinadores que entendem os prazos como autônomos. Desse modo, estaria garantida a celeridade processual na medida em que, ao incorrer em coisa julgada a decisão que se pretende rescindir, já está a mesma apta a ser questionada através da ação rescisória e se este questionamento não ocorrer nos dois anos que se seguem, fará então a coisa soberanamente julgada, garantindo que as partes gozem da segurança jurídica necessária com a resolução da demanda no lapso temporal necessário para que tenham uma solução justa.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de V. A. Silva. 5. ed. São Paulo: Suhrkamp Verlag, 2006.
- ARAÚJO, Luciano Vianna. O julgamento antecipado parcial sem ou com resolução do mérito no CPC/2015. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 100-147, jan-mar. 2020. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/142833/julgamento\\_antecipado\\_parcial\\_araujo.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/142833/julgamento_antecipado_parcial_araujo.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2020.
- ARAÚJO, Luciano Vianna. O julgamento antecipado parcial sem ou com resolução do mérito no CPC/2015. **Revista dos Tribunais Online**. [S. l.], v. 286, p. 237-273, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc5000017a109c3b149dea367d&docguid=Ic2997970e24c11e886fo010000000000&hitguid=Ic2997970e24c11e886fo010000000000&spos=1&epos=1&td=174&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 mar. 2021.
- BELLOCCHI, Márcio. A coisa julgada parcial e o prazo para a ação rescisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 279, p. 265-280, 2018.
- BEZ, Helena Marghetti. **A recorribilidade imediata da decisão que julga a arguição de Incompetência: uma análise à luz do julgamento do recurso especial no 1.679.909 e do princípio da celeridade processual**. 2018. 60f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/6877>>. Acesso em: 18 jan. 2021.
- BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil de 1939**. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil (Novo).** Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. **Código de Processo Civil Brasileiro de 1937.** Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (v. único). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618040/cfi/365!/4/4@0.00:10.8>>. Acesso em: 17 out. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019575/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CARDOSO, Oscar Valente. Capítulos de sentença, coisa julgada progressiva e prazo para a ação rescisória: um novo capítulo. **Revista dos Tribunais Online.** [S. l.], v. 286. p. 365-384, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad6adc5000017a0feb52b625cb7438&docguid=Ic2foc130e24c11e886f001000000000&hitguid=Ic2foc130e24c11e886f001000000000&spos=2&epos=2&td=442&context=47&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Coisa julgada com eficácia interna e externa: uma proposta de reconstrução da clássica distinção entre a coisa julgada formal e a material. **Revista dos Tribunais Online.** São Paulo, v. 310. p. 71-87, dez. 2020. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad6adc5000017a0fd2e17f9deaob07&docguid=I91573e02fa711ebb26cfo06dad3ba7b&hitguid=I91573e02fa711ebb26cfo06dad3ba7b&spos=1&epos=1&td=1785&context=6&crumb-action=append&crumb-label=>



Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 09 jan. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUBRA, Rafael Fernandes. **O termo inicial do prazo para a propositura de ação rescisória à luz da teoria dos capítulos de sentença.** 2019. 96f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <[https://bdm.unb.br/bitstream/10483/27171/1/2019\\_RafaelFernandesDubra\\_tcc.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/27171/1/2019_RafaelFernandesDubra_tcc.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2021.

EIRAS, Guilherme Augusto Vezaro. **Capítulos de sentença e sua repercussão no sistema recursal e na ação rescisória.** 2011. 124f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. **Execução e Recursos:** comentários ao CPC 2015. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. (v. 3).

GANACIN, João Cánovas Bottazzo. Capítulos de sentença no código de processo civil de 2015. **Revista dos Tribunais Online.** [S. l.], v. 304. p. 159-177, jun. 2020. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc50000017a10aee192d75004d4&docguid=11d89ed1089d111ea9233f83e69fae2e2&hitguid=11d89ed1089d111ea9233f83e69fae2e2&spos=1&epos=1&td=1&context=39&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** Volume 1 – parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca>.

com.br/#/books/978655592849/cfi/6/4/4/2/2/2@o:0>. Acesso em: 14 mar. 2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento e procedimentos especiais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (v. 2). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616053/cfi/192!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em 07 nov. 2020.

GRECO, Leonardo. Concurso e cumulação de ações. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). **Doutrinas essenciais**: processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (v. 2) p. 223-241.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. (v. 2).

LESSA NETO, João Luiz. Impugnação da decisão judicial transitada em julgado fundamentada em comando normativo inconstitucional: impactos do código de processo civil de 2015. **Revista dos Tribunais Online**. [S. l.], v. 294. p. 243-276, ago. 2019. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc60000017a10d6a07701a5boaa&docguid=Id14e59doa84a11e9a08901000000000&hitguid=Id14e59doa84a11e9a08901000000000&spos=2&epos=2&td=88&context=120&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Julgamentos antecipados parciais de mérito. **Revista dos Tribunais Online**. [S. l.], v. 257. P. 125-150, jul. 2016. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc50000017a10e5c04bd750od1f&docguid=I3b6d7320440611e69b4a010000000000&hitguid=I3b6d7320440611e69b4a010000000000&spos=2&epos=2&td=1803&context=147&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611003/cfi/3!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 10 out. 2020.

- MACHADO, Clarissa Dias. **A admissibilidade de ação rescisória contra decisões terminativas**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Ciências Jurídicas e Econômicas) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/11314>>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Rescisória por ofensa à coisa julgada. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, v. 30 n. 3-4, p. 116-132, mar./abr. 2018. Disponível em: <<https://revista.trf1.jus.br/trf1>>. Acesso em: 10 fev. 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. (v. 2).
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Campinas: Bookseller, 1998.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2018.
- NOGUEIRA, André Murilo Parente; RAGAZZI, José Luiz. Julgamento antecipado de parcela do mérito e prazo da ação rescisória: interpretação constitucional do artigo 975, do código de processo civil. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte. n. 77. p. 87-106, jan-jun., 2020. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2059>>. Acesso em: 07 nov. 2020.
- PINHO, Humberto Dalla Barnardina. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616657/cfi/3!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 10 out. 2020.
- RANGEL, Tauã Lima Verdan. A teoria dos capítulos de sentença no novo CPC: algumas reflexões sobre a temática. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, v. 20, n. 164, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/category/revista-ambito-juridico/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

REICHEL, Luis Alberto. Reflexões sobre a relativização da coisa julgada no novo código de processo civil. **Revista dos Tribunais Online**. [S. l.], v. 255. p. 167-180, mai. 2016. Disponível em: <[revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad6adc5000017a0ffd4cdc51fa96d8&docguid=I8acb4560dc311e686f010000000000&hitguid=I8acb4560dc311e686af010000000000&spos=1&epos=1&td=456&context=76&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1](http://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=ioad6adc5000017a0ffd4cdc51fa96d8&docguid=I8acb4560dc311e686f01000000000&hitguid=I8acb4560dc311e686af01000000000&spos=1&epos=1&td=456&context=76&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 14 fev. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação rescisória nº 70084495159**. Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Recorrente: Icatu Hartford Seguros, Recorrido: Elisiane Da Silva Machado, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto: Rio Grande do Sul, julgado em 12 set. 2020. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index&combo\\_comarca=700&comarca=&numero\\_processo=70084495159&numero\\_processo\\_desktop=70084495159&CNJ=N&comarca=&nome\\_comarca=&uf\\_OAB=&OAB=&comarca=&nome\\_comarca=&nome\\_parte=>](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70084495159&numero_processo_desktop=70084495159&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=>)>. Acesso em: 16 fev. 2021.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021073/cfi/6/10!/4/28@0:9.12>>. Acesso em: 17 out. 2020.

ROSA, Raissa Roese. **A coisa julgada parcial no ordenamento jurídico brasileiro**. 2018. 61f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/12806>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

SÁ, Roberto Montans De. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617470cfi/3!/4/4@0:00:0.00>>. Acesso em: 10 out. 2020.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**: Volume 1 - processo de conhecimento. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211172/cfi/4!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 24 out. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Ação rescisória nº. 2039543-83.2017.8.26.0000**. Sétima Câmara do Direito Público, Autor: Marcelo De Souza Candido, Réu: Ministério Público do Estado de São Paulo, Relator: Moacir Peres, julgado em 04 fev. 2019, publicado em 05 fev. 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12177257&cdForo=0>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 441252**, Corte Especial, Embargante: José Carlos Martins Mororó de Almeida e outros, Embargado: Viação Nordeste Ltda, Relator: Min. Gilson Dipp. Julgado em 29 jun. 2005, Publicado em 18 dez. 2006. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200400655823&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial nº 1374222**, Quarta Turma, Recorrente: Aspecir Previdência, Recorrido: Comunidade Evangélica Luterana São Paulo – CELSP, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18 out. 2018, Divulgado em 04 dez. 2018. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201102322249](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201102322249)>. Acesso em: 17 ago. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial nº 1691526**. Primeira Turma, Recorrente: Rubens José França Bomtempo, Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 10 ago. 2020, Divulgado em 18 ago. 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702008675&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Súmula nº 401**. O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial. Julgado em 07 out. 2009, Publicado em 13 out. 2009. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj- revista-sumulas-2013\\_37\\_capSumula401.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj- revista-sumulas-2013_37_capSumula401.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário com Agravo nº 864746**. Segunda Turma, Recorrente: União, Recorrido: Kuttner do Brasil

Equipamentos Siderúrgicos Ltda, Relator: Min. Dias Tofolli, julgado em 27 out. 2015, Divulgado em 10 dez. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4706690>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Recurso Extraordinário nº 666589**. Primeira Turma, Recorrente: PEBB Corretora de Valores Ltda, Recorrido: Banco Central Do Brasil – BACEN, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgado em 25 mar. 2014, Publicado em 03 jun. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4180184>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

THAMAY, Rennan Faria Krünger. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618941/cfi/2!/4/4@0.00:14.4>>. Acesso em: 24 out. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume I. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989750/cfi/6/10!/4/8/2@0:0>>. Acesso em: 10 out. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 244, p. 195-204, jun. 2015.

VARGAS, Marcus Vinicius Antunes. **Julgamento antecipado parcial do mérito no CPC/2015**. 2018. 6of. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/189876>>. Acesso em: 07 nov. 2020.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. **Revista dos Tribunais Online**. [S. l.], v, 254. p. 339-373, abr. 2016. Disponível em: <[https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc6000017a10c5eff444a219b8&docguid=I4990daco18c611e6a66f010000000000&hitguid=I4990daco18c611e6a66f010000000000&spos=1&epos=1&td=81&context=85&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc6000017a10c5eff444a219b8&docguid=I4990daco18c611e6a66f01000000000&hitguid=I4990daco18c611e6a66f010000000000&spos=1&epos=1&td=81&context=85&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 21 mar. 2021.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC 2015. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Orgs.). **O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155-169.

## Relações de consumo: o que não é virtual?

*Laís Maurer*<sup>1</sup>  
*Franco Scortegagna*<sup>2</sup>  
*Idionei Oliveira Vieira*<sup>3</sup>

### Introdução

A presente artigo insere-se na relação de atividades desenvolvidas no Projeto Extensionista Balcão do Consumidor, realizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), mais precisamente nas propostas sediadas nos campi de Soledade e Passo Fundo.

O objetivo científico é demonstrar o quanto o mundo físico vem se tornando virtual. Deste modo é importante averiguar o que não é virtual. A reflexão torna-se pertinente, pois atinge a vida e saúde dos consumidores. Afetando seus relacionamentos que passam a ser mais distantes. Mais uma vez o conhecimento é a ferramenta essencial para o cidadão se adaptar ao mundo da virtualidade.

O trabalho faz-se uma análise bibliográfica sobre as questões que envolvem o e-commerce, modelo de comércio desenvolvido tanto na internet como em redes sociais. Essa modalidade de relação consumerista que vem crescendo e se firmando entre os consumidores ao nível mundial,

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), Campus Soledade. Estagiária do Balcão do Consumidor da UPF Soledade/RS.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF), Especialista em Direito Processual Civil, Especialista em Direito do Consumidor e Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo, atualmente orientador do Programa Balcão do Consumidor - UPF. E-mail: fscortegagna@upf.br

<sup>3</sup> Doutorando do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica - (UNIVALI). Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela UNISC. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Diretor do Campus Universitário da UPF em Soledade/RS, Coordenador Adjunto do Curso de Direito da UPF Soledade/RS. Coordenador Projeto Balcão do Consumidor na Faculdade de Direito da UPF Campus Soledade. Professor Universitário da UPF. E-mail: idionei@upf.br.



ao mesmo tempo, vem se tornando a opção entre empreendedores formais e informais, contribuindo para que serviços e produtos sejam oferecidos de forma virtual a compradores em diferentes territórios.

Os consumidores se veem diante de uma infinidade de informações disponibilizadas na internet, em especial, nas redes sociais que os remetem a propagandas e publicidades de toda ordem, dificultando àqueles que não dominam às novas tecnologias a realizar uma análise e uma seleção sobre dados verdadeiros e falsos.

Essa realidade se estende aos sites que oferecem produtos e serviços, nem sempre seguros aos consumidores, demonstrando a importância de proteger os consumidores de fornecedores que desrespeitem as regras básicas de consumo sustentável também nas relações de consumo virtuais.

Trouxe Pierre Lévy em 1995, o questionamento sobre o que é virtual? Título de seu livro que destaca o compartilhamento e a interconexão de conhecimento e informações. Vinte e cinco depois apresentou uma nova pergunta: O que não é virtual? Tema que será discutido neste estudo.

Seguindo esse pensamento será tratado neste artigo sobre o virtual, o e-commerce e as relações de consumo, lógica que já enuncia a importância do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

### **1 Balcão do consumidor uma proposta de transformação social.**

Instituições educacionais ao longo da história se preocupam em promover acesso à educação superior. As universidades Comunitárias surgiram com esse objetivo propondo um modelo de formação que vai além da proposta de ensino simples, aquele com base apenas em conteúdo. Seu campo de atuação foi além. Se estruturou em ensino, pesquisa e extensão. De modo, a aliar a formação acadêmica a prestação de serviços gratuitos para as comunidades onde atua.

Por outro lado, no mundo moderno o comércio cada vez mais é o sustentáculo da vida em comunidade. Nele o homem desde que nasce e durante toda a sua existência está ligado ao mercado consumidor. A pós a revolução industrial ocorreu um grande crescimento populacional nas metrópoles, provocou o aumento da demanda e, assim a indústria em geral passou a produzir mais, desta forma criou-se a chamada produção em série<sup>4</sup>.

O sistema produtivo massificado influenciou diretamente a comunicação entre consumidores e fornecedores, as relações que antes eram pessoais, passaram a ser distantes e impessoais. Na sociedade de massa destacam-se várias características dentre elas a produção, conforme Nunes, “a produção é planejada unilateralmente pelo fabricante no seu gabinete, isto é, o produtor pensa e decide fazer uma larga oferta de produtos e serviços para serem adquiridos pelo maior número possível de pessoas”<sup>5</sup>.

O objetivo do fornecedor produtor é obter o menor custo inicial para fabricar um único produto, e depois reproduzi-lo em série, ou seja, em grande quantidade. Como, por exemplo, indica Nunes que, o empresário ao planejar “o fabrico de uma caneta esferográfica única e a partir desta reproduzem-se milhares, milhões de vezes em série”<sup>6</sup>.

Em um quadro, constituído a partir da postura de fornecedores que passaram a prezar a quantidade em detrimento da qualidade. Dessa forma, se ampliou a oferta de produtos com vícios de qualidade ou defeito. Também a prestação de serviços sofreu influência no mercado de consumo, situações decorrentes deste cenário geraram prejuízos à

---

<sup>4</sup> NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 41.

<sup>5</sup> NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 43.

<sup>6</sup> NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, p. 43.

economia, especialmente, de consumidores<sup>7</sup>. Nesse cenário, problemas começaram a surgir, e fez-se necessária a intervenção estatal para a elaboração e implementação de políticas públicas para atuar em defesa do consumidor.

Nesse contexto, na Universidade de Passo Fundo, na Faculdade de Direito, surgiu o Projeto Balcão do Consumidor, uma proposta que logo se disseminou para o sistema multicampi da instituição. Envolvendo os Municípios de Carazinho, Casca, Lagoa Vermelha, Sarandi e Soledade.

A extensão na Universidade Comunitária UPF tem ações também na Faculdade de Direito, atua inclusive na autocomposição de conflitos oriundos das relações de consumo. A proposta se destaca na defesa de consumidores em comunidades por meio do Balcão do Consumidor, que serve de modelo para as diferentes universidades do país. Inclusive recebeu o Prêmio de Responsabilidade Social 2016, promovido pela Assembleia Legislativa do estado do Rio Grande do Sul.

A estruturação do projeto passou pela elaboração de um convênio firmado entre a Universidade de Passo Fundo, do Ministério Público e dos municípios em que se situa o projeto. Segundo seus responsáveis desde o início Professores Doutores Liton Lanes Pilau e Rogério da Silva, “o convênio estabeleceu que todo o atendimento preliminar encaminhado ao Procon passaria a ser feito por acadêmicos do curso de Direito, com supervisão de professores”<sup>8</sup>. Salientam eles que “alguns municípios não tem a instalação de Procon, sendo portanto o Balcão o único recurso que os consumidores possuem para encaminhar suas demandas”<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> BOLZAN, Fabrício. Direito do consumidor. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 18.

<sup>8</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogério da (Org.). **Balcão do consumidor**: histórico do movimento consumerista em Passo Fundo. Editora Universidade de Passo Fundo 2009. p. 58-59.

<sup>9</sup> PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SILVA, Rogério da (Org.). **Balcão do consumidor**: histórico do movimento consumerista em Passo Fundo. Editora Universidade de Passo Fundo 2009. p. 58-59

A modalidade de atendimento ao consumidor desenvolvido pelo Balcão, vem se constituindo uma forma diferenciada de atendimento a população, alcança pleno sucesso junto a comunidade. Registra-se que o Balcão do Consumidor instalado na Faculdade de Direito no Campus da UPF em Soledade/RS. Um município de 30 mil habitantes, cidade sem PROCON já atendeu mais centenas de consumidores. Em temas que vão da autocomposição de conflitos à educação para o consumo.

A atividade é

desenvolvida por acadêmicos do Curso de Direito da UPF. Esses ouvem as demandas dos consumidores que se sentem lesados por algum fator ocorrido na relação consumerista. Os estudantes registram as principais informações, após uma análise da pertinência do caso e sua vinculação com a legislação consumerista mantém contato com o fornecedor buscando intermediar um acordo entre as partes.

Dentre os temas recebidos pelos acadêmicos, alguns se destacam e geram curiosidade aos alunos e aos professores. Nesse sentido, surge o tema principal deste estudo, a virtualidade das relações de consumo na presente era. É o que passa a expor na sequência.

## **2 O ambiente virtual e as relações de consumo**

A palavra virtual é empregada geralmente para demonstrar a ausência da existência, da “realidade”. O real seria da ordem do “tenho”, enquanto o virtual seria da ordem do “terás”, ou da ilusão, o que remete ao uso de algo fácil para denominar as diversas formas de virtualização<sup>10</sup>.

Na filosofia escolástica, é virtual o que existe em potência e não em ato. O virtual tende a atualizar-se, sem ter passado no entanto à concretização efetiva ou formal. A árvore está virtualmente presente na semente. Em termos

---

<sup>10</sup> LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** p. 15.

rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real mas ao atual: virtualidade e atualidade são apenas duas maneiras de ser diferentes. O possível já está todo constituído, mas permanece no limbo. O possível se realizará sem que nada mude em sua determinação nem em sua natureza. O possível é exatamente como o real: só lhe falta a existência. A realização de um possível não é uma criação, no sentido pleno do termo, pois a criação implica também na produção inovadora de uma ideia ou de uma forma. A diferença entre possível e real é, portanto, puramente lógica<sup>11</sup>.

Enquanto o virtual não se opõe ao real, mas sim ao atual. Contrariamente ao possível, estático e já constituído, o virtual é como o complexo problemático, “o nó de tendências ou de forças que acompanha uma situação, um acontecimento, um objeto ou uma entidade qualquer, e que chama um processo de resolução: a atualização”<sup>12</sup>.

A entidade carrega e produz suas virtualidades, um acontecimento, por exemplo, reorganiza uma problemática anterior e é suscetível de receber interpretações variadas. Por outro lado, o virtual constitui a entidade, as virtualidades que tem a ver com o ser, sua problemática, o nó de tensões, de coerções e de projetos que o estimulam, as questões que o movem, são uma parte essencial de sua determinação<sup>13</sup>. A distância percorrida numa unidade de tempo ao depender da tecnologia, de meios artificiais de transporte, todos os limites à velocidade do movimento, existentes ou herdados, em princípio, passaram a ser transgredidos:

Apenas o céu (ou, como acabou sendo depois, a velocidade da luz) era agora o limite, e a modernidade era um esforço contínuo, rápido e irrefreável para alcançá-lo. Graças a sua flexibilidade e expansividade recentemente adquiridas, o tempo moderno se tornou, antes e acima de tudo, a arma na conquista do espaço. Na moderna luta entre tempo e espaço, o espaço era o

---

<sup>11</sup> LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** p. 15-16.

<sup>12</sup> LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** p. 16.

<sup>13</sup> LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** P. 16.

lado sólido e impassível, pesado e inerte, capaz apenas de uma guerra defensiva, de trincheiras - um obstáculo aos avanços do tempo. O tempo era o lado dinâmico e ativo na batalha, o lado sempre na ofensiva: a força invasora, conquistadora e colonizadora<sup>14</sup>.

Trata-se da velocidade do movimento, o acesso a meios mais rápidos de mobilidade que chegaram aos tempos modernos, ocupando posição de ferramenta de poder e dominação.<sup>15</sup> “Agora é o menor, mais leve e mais portátil que significa melhoria progresso”<sup>16</sup>.

O desenvolvimento de novas tecnologias no setor da informática superou um mercado cada vez mais competitivo e especializado, consequência da globalização, aceleração dos processos produtivos e padrões de mercado. A utilização da rede de computadores entre pessoas e empresas passou a ser indispensável. Trata-se do conjunto de informações em tempo real, com a possibilidade de compartilhar e cruzar dados a qualquer momento<sup>17</sup>.

Com o mundo mais urbano e extraterritorial dos homens de negócio globais, as fronteiras dos Estados foram derrubadas, da mesma forma que as mercadorias, o capital e as finanças<sup>18</sup>. O consumo passou a exigir tempo e a lógica da economia direcionada ao consumidor:

No que diz respeito a esta lógica, a satisfação do consumidor deveria ser *instantânea* e isso num duplo sentido. Obviamente, os bens consumidos deveriam satisfazer de imediato, sem exigir o aprendizado de quaisquer habilidades ou extensos fundamentos; mas a satisfação deveria também

---

<sup>14</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 10

<sup>15</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**, 2001. p. 10.

<sup>16</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**, 2001. p. 113.

<sup>17</sup> KOHN, Karen; MORAES, Claudia H. de. O impacto das novas tecnologias na sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital. INTERCOM – SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO, XXX CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, **Anais...**, Santos, 29 de agosto a 2 de setembro de 2007. p. 5.

<sup>18</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

terminar - num abrir e fechar de olhos, isto é, no momento em que o tempo necessário para o consumo tivesse terminado. E esse tempo deveria ser reduzido ao mínimo. A necessária redução do tempo é melhor alcançada se os consumidores não puderem prestar atenção ou concentrar o desejo por muito tempo em qualquer objeto; isto é, se forem impacientes, impetuosos, indóceis e, acima de tudo, facilmente instigáveis e também se facilmente perderem o interesse<sup>19</sup>.

O consumismo trouxe a cultura do esquecimento, não o aprendizado<sup>20</sup>. O uso do computador agiliza serviços e diminuiu o uso de mão de obra, facilitou novas profissões como “programadores, webdesigners, administradores de rede [...] marketeiros e jornalistas virtuais”<sup>21</sup>.

Cresce a possibilidade de comunicação entre pessoas e empresas, elas interagem por meio da rede mundial de computadores, é uma das mudanças estruturais da sociedade, uma tendência denominada era da informação. Cada vez mais, a informação digitalizada ocupa um papel central nas interações sociais diárias<sup>22</sup>.

O rompimento das barreiras geográficas e temporais com a internet possibilitou a troca de dados, informações, decisões e conhecimento de forma mais ágil entre si, dando origem a uma nova cultura digital de comunicação<sup>23</sup>.

Os meios de comunicação procuram com notícias e imagens, dar sentido à realidade contemporânea, mas não conseguem. “As imagens não

---

<sup>19</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**, 1999.

<sup>20</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**, 1999. p. 77.

<sup>21</sup> KOHN, Karen; MORAES, Cláudia H. de. O impacto das novas tecnologias na sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital., 2007 p. 5

<sup>22</sup> CORREA, Rafael Felix; RUGONI, Tassiana Custódio; ALBUQUERQUE, Paulo et al. **O impacto do e-commerce na sociedade**. Revista de Informática Aplicada, v. II, n. 02 - jul/dez 2006. p. 96.

<sup>23</sup> CORREA, Rafael Felix; RUGONI, Tassiana Custódio; ALBUQUERQUE, Paulo et al. **O impacto do e-commerce na sociedade**. Revista de Informática Aplicada, v. II, n. 02 - jul/dez 2006.

mais distinguem em que dimensão da vida contemporânea estamos situados”<sup>24</sup>. Tem-se uma mistura de ficção, virtualidade e realidade, marca deste século, possibilitando viver temporalidades diferentes em espaços superpostos: real, virtual e ficção. A tecnologia é o pilar que perpassa as três dimensões da contemporaneidade<sup>25</sup>

### 3 O e-commerce e a vida social

O e-commerce passou a ser rotineiro usar a internet para realizar compras, contratar serviços, efetuar transações financeiras, buscar informações, notícias, compartilhar vídeos, opiniões, experiências de vida, inúmeros usos que faziam parte do real, passaram a fazer parte do virtual.

Estas atividades passaram a fazer parte do comércio eletrônico no Brasil, atualmente representa uma parcela significativa do faturamento de grandes empresas de varejo do Brasil, atraindo investidores no mercado digital nacional<sup>26</sup>. Dentre os principais *players* com grande participação no mercado digital estão:

Mercado Livre, B2W (Submarino e Amercianas.com), Magazine Luiza, Casas Bahia, Netshoes, Dafiti, entre outros. Além das lojas virtuais, temos também outros serviços neste setor que são muito importantes, tais como: comparadores de preço, sites de compras coletiva, bancos, entre outros serviços<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> ROSA, Rosemar; SILVA, Rachel Inês da; PALHARES, Márcia Maria. **As novas tecnologias: influências no cotidiano. Disponível em:** [http://www.cinform-antiores.ufba.br/vi\\_anais/docs/MarciaPalhares.pdf](http://www.cinform-antiores.ufba.br/vi_anais/docs/MarciaPalhares.pdf) Acesso em: 18 mar., 2020. p. 5.

<sup>25</sup> ROSA, Rosemar; SILVA, Rachel Inês da; PALHARES, Márcia Maria. **As novas tecnologias: influências no cotidiano.** 2020. p. 5.

<sup>26</sup> ARANTES, Vivianne Dantas. **E-commerce:** A expansão do setor no Brasil e o comportamento do consumidor. 2016. 57p. Monografia (Especialização) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

<sup>27</sup> ARANTES, Vivianne Dantas. **E-commerce:** A expansão do setor no Brasil e o comportamento do consumidor. 2016. 57p. Monografia (Especialização) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 10.



Tecnologia, acesso à internet e usuários de e-commerce crescem cada vez mais, na mesma proporção. Se tornou essencial à presença das empresas na Web, para terem um novo canal de vendas e possam ampliar seu alcance de público, aumentando suas vendas e experiências<sup>28</sup>.

Para que o retorno seja positivo, as empresas precisam preparar-se para atender o seu público com qualidade, permitindo que possam ter acesso aos seus produtos em qualquer lugar e horário. Esse novo modelo de negócio considerado promissor para os segmentos de negócio<sup>29</sup>.

As pessoas buscam cada vez mais otimizar seu tempo, o que demanda informações rápidas, e produtos de oportunidade; deste modo, o comércio eletrônico é um ótimo recurso para proporcionar isso ao consumidor:

Hoje, os diferentes tipos de produtos e serviços chegam simultaneamente em alta velocidade ao cliente, em todo o mundo. Não há dúvidas que a internet seja a responsável por disseminar informações e mudanças, juntamente com as características do mercado da informática e sua área de programação, que são utilizadas para incentivar e ampliar o comércio pela rede<sup>30</sup>.

O comércio eletrônico pode ser considerado uma revolução, assim como a inovação tecnológica, permitindo que empresas sejam mais flexíveis e eficientes em suas operações, atuando mais próximas de seus fornecedores e sendo mais eficientes em atender as necessidades de seus clientes<sup>31</sup>. “A internet tem se mostrado como um dos mais rentáveis e promissores canais de operação das organizações, revendo processos,

---

<sup>28</sup> ARANTES, Vivianne Dantas. **E-commerce**: A expansão do setor no Brasil e o comportamento do consumidor., 2016.

<sup>29</sup> ARANTES, Vivianne Dantas. **E-commerce**: A expansão do setor no Brasil e o comportamento do consumidor., 2016.

<sup>30</sup> ANDRADE, Marta Cleia Ferreira; SILVA, Naiara Taiz Gonçalves. O comércio eletrônico (e-commerce): um estudo com consumidores., 2017. p. 100.

<sup>31</sup> ANDRADE, Marta Cleia Ferreira; SILVA, Naiara Taiz Gonçalves. O comércio eletrônico (e-commerce): um estudo com consumidores. **Perspectivas em Gestão & Conhecimento**, João Pessoa, v. 7, n. 1, p. 98-111, jan./jun. 2017. p. 100.

diminuindo custos operacionais e permitindo rendimentos”.<sup>32</sup> Responsável por provocar grandes transformações no relacionamento com seus parceiros, clientes e fornecedores.

A internet afetou a economia, a legislação, empregos, formas de consumo e a própria organização da empresa, promoveu o crescimento do mercado “de regional para nacional e internacional com baixo investimento de capital, além da redução de custos para criação, processamento, distribuição, armazenamento e reparação de bens baseados na informação”<sup>33</sup>.

O e-commerce não é somente mais uma maneira de comprar e vender produtos. Embora apresente vantagens, o comércio eletrônico tem problemas a serem superados, são exemplos: a fraude, mesmo com as vendas online crescendo, ainda há medo por parte dos consumidores que utilizam a internet apenas como forma de consulta e não para a compra. Isso por insegurança, em razão das informações disponibilizadas ao realizar as compras. Mesmo com os sistemas de criptografia reduzindo o problema, de forma significativa<sup>34</sup>.

A confidencialidade também é outro problema a ser superado, a troca de informações entre fornecedores e compradores torna-se mais vulnerável por terceiros, que podem utilizá-las para outras finalidades, sem autorização do consumidor. Da mesma forma que a confiança, em consequência de ser uma negociação à distância, tanto o cliente quanto a

---

<sup>32</sup> CORREA, Rafael Felix; RUGONI, Tassiana Custódio; ALBUQUERQUE, Paulo et al. **O impacto do e-commerce na sociedade**. Revista de Informática Aplicada, v. II, n. 02 - jul/dez 2006. p. 95.

<sup>33</sup> CORREA, Rafael Felix; RUGONI, Tassiana Custódio; ALBUQUERQUE, Paulo et al. **O impacto do e-commerce na sociedade**. 2006. p. 95.

<sup>34</sup> ANDRADE, Marta Cleia Ferreira; SILVA, Naiara Taiz Gonçalves. O comércio eletrônico (e-commerce): um estudo com consumidores., 2017.

empresa correm riscos, devido a incerteza sobre as informações trocadas, que podem ser verdadeiras ou não<sup>35</sup>.

O comércio eletrônico se encontra igual em oferta de produtos e serviços ao comércio físico, embora ainda existam inseguranças, as ofertas envolvem:

[...] videogame, computador, microondas, cartões de crédito ou identificadores, celular, CDs, carros, aviões; são produtos que possuem em comum o uso sistêmico pela sociedade, que está centrada, hoje, na importância de simplificar tudo, municiada de ferramentas que puderam proporcionar qualquer prática existente e de valorizar o tempo rápido, o espaço fluido. As modificações sociais a partir das tecnologias abarcam várias facilidades, porém acarretam problemas de diferentes ordens, chamados muitas vezes de efeitos colaterais, numa alusão ao uso de um remédio que cura a doença, porém causa algum desconforto ou dor de cabeça<sup>36</sup>.

O comércio é um evento social e econômico que coloca em circulação a riqueza produzida com fins lucrativos. Ao se acrescentar o termo eletrônico, tem-se apenas o ambiente de negócio, não se alterando a essência<sup>37</sup>.

#### 4 Relações de consumo virtuais

Ao não se alterar a essência do comércio eletrônico, entende-se que o negócio jurídico também não sofre alteração, somente é celebrado à distância. Dentre as ferramentas para consumir a negociação tem-se o telefone, meios eletrônicos digitalizados e instrumentos de comunicação

---

<sup>35</sup> ANDRADE, Marta Cleia Ferreira; SILVA, Naiara Taiz Gonçalves. O comércio eletrônico (e-commerce): um estudo com consumidores. **Perspectivas em Gestão & Conhecimento**, João Pessoa, v. 7, n. 1, p. 98-111, jan./jun. 2017.

<sup>36</sup> KOHN, Karen; MORAES, Cláudia H. de. O impacto das novas tecnologias na sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital. INTERCOM - SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO, XXX CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, **Anais...**, Santos, 29 de agosto a 2 de setembro de 2007. p. 10.

<sup>37</sup> CORREA, Rafael Felix; RUGONI, Tassiana Custódio; ALBUQUERQUE, Paulo et al. **O impacto do e-commerce na sociedade**. Revista de Informática Aplicada, v. II, n. 02 - jul/dez 2006. p. 101.

de massa e a internet, esse é o mais utilizado, com benefício de baixo custo. Como todo negócio jurídico, quando envolve consumidor e fornecedor há preocupação com a proteção, devido ser a parte mais vulnerável e hipossuficiente, na relação de consumo<sup>38</sup>.

A proteção do consumidor está inserida na Constituição Federal de 1988, onde trata da defesa de seus direitos e garantias fundamentais, deixa evidente a necessidade de efetivar a implantação de uma política nacional de relações de consumo, explicitando no artigo 5.º, inciso XXXII que: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. É dever do Estado promover o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo<sup>39</sup>.

As práticas de consumo ocorrem no âmbito tecnológico digital, passou a ser um hábito na vida cotidiana, fazendo parte dela quase que imperceptivelmente. Olhando mais atentamente, vê-se que os computadores rodeiam a vida das pessoas, encontram-se nos mercados, bancos, lojas, empresas, no processo eleitoral e censitário, enfim, entrelaçados às atividades habituais da sociedade<sup>40</sup>. O significado do termo consumismo não é unívoco:

Tomá-lo como se estivesse em questão uma mesma essência que envolve tanto a aquisição frívola de bens como o exercício de um direito inalienável faz perder de vista vários desdobramentos sócio antropológicos que têm a nos ofertar tanto material para análises. Um aspecto a enfatizar é o que se poderia chamar de fenômeno de colonização do simbólico [...] dominação do inconsciente produzida pelo marketing a serviço das forças criadoras do

---

<sup>38</sup> SOBHIE, Amir Ayoub; OLIVEIRA, Deymes Cachoeira de. Proteção do consumidor no comércio eletrônico: Inovações relevantes para as vendas *on line* no Brasil a partir do Decreto Federal nº. 7962/2013. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALL. v. 4, n.4, p. 84-107, 4º Trimestre de 2013.

<sup>39</sup> SOBHIE, Amir Ayoub; OLIVEIRA, Deymes Cachoeira de. Proteção do consumidor no comércio eletrônico: Inovações relevantes para as vendas *on line* no Brasil a partir do Decreto Federal nº. 7962/2013., 2013. p. 89.

<sup>40</sup> KOHN, Karen; MORAES, Claudia H. de. O impacto das novas tecnologias na sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital. INTERCOM – SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO, XXX CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, **Anais...**, Santos, 29 de agosto a 2 de setembro de 2007. p. 8.

capitalismo contemporâneo. O universo simbólico se entrelaçou ao universo produtivo redefinindo novas categorias como sociedade do entretenimento, ou do espetáculo. O marketing tem abundante material a coletar nos artefatos produzidos pela indústria cultural, que se tornaram centros de referência do capitalismo <sup>41</sup>.

A modernidade líquida de Bauman, demonstra a aceleração do tempo e a desterritorialização pela explosão das formas produzidas que geraram as condições para instalar um capitalismo de acessos a experiências, originados da expansão do conceito de aquisição, posse e usufruto de bens:

O valor atribuído às coisas do mundo, fundamento do contrato social moderno, transcendeu aos sacos de algodão, caixotes de laranja e minas de carvão da época de Marx. Cada vez mais experiências atreladas aos produtos são comercializadas. No nível das massas, consumidores se convertem em produtores de valor no moto contínuo das relações de acesso substitutivas da propriedade<sup>42</sup>.

Quanto mais as pessoas adotam ou consomem, contribuem à reafirmação de tendências que pouco tem a ver com o valor de uso ligado aos bens. Acrescente-se a venda de artefatos concretos, “o acesso ágil à informação orientada pelos desejos, a seguir devolvidas à materialidade sob a forma de fetiches”<sup>43</sup>.

As novas tecnologias têm-se popularizado na rede mundial de computadores, internet. Isso contribui para experiências de compra e venda dentro de um mundo online. O denominado, comércio eletrônico é responsável por movimentar milhões a cada ano e tende a ser o modo de

---

<sup>41</sup> VASCONCELLOS-SILVA, Paulo Roberto; CASTIEL, Luis David; BAGRICHEVSKY, Marcos et al. As novas tecnologias da informação e o consumismo em saúde. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 26(8):1473-1482, ago, 2010. p. 1.474.

<sup>42</sup> VASCONCELLOS-SILVA, Paulo Roberto; CASTIEL, Luis David; BAGRICHEVSKY, Marcos et al. As novas tecnologias da informação e o consumismo em saúde. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 26(8):1473-1482, ago, 2010. p. 1.474.

<sup>43</sup> VASCONCELLOS-SILVA, Paulo Roberto; CASTIEL, Luis David; BAGRICHEVSKY, Marcos et al. As novas tecnologias da informação e o consumismo em saúde., 2010. p. 1.474.

compra predominante, devido aos altos índices de usuários. Trata-se de uma relação de consumo que demanda a necessidade de meios reguladores e protetores dos interesses de consumidores e fornecedores, razão pela qual o direito consumerista precisa evoluir conjuntamente com a sociedade<sup>44</sup>.

O surgimento de empresas que oferecem produtos e serviços única e exclusivamente pela internet, possibilitou aos consumidores uma variedade de oportunidades para adquirir produtos ou serviços sem ter que ir ao estabelecimento comercial físico. Como não existia uma lei que regulasse o comércio eletrônico, “a aplicação dos direitos do consumidor previstos no Código de Defesa do Consumidor pode e deve ser aplicada, uma vez que há a consumação de uma relação de consumo”<sup>45</sup>.

O comércio eletrônico é um tipo de transação realizada por meio de equipamento eletrônico em ambientes virtuais. Neles é possível o exercício para o ato de vender ou comprar pela internet. Para tanto, deve ser levado em consideração o valor jurídico das mensagens disseminadas neste tipo de comércio, elas formam declarações de vontade integrantes dos contratos ou que provam a relação do negócio jurídico<sup>46</sup>.

Entre inúmeras inovações, a internet propiciou a criação do comércio eletrônico, um novo ambiente de negócios que hoje possui grande relevância no cenário econômico. Porém, se de um lado está toda a facilidade da compra online, do outro há a insegurança e vulnerabilidade que assombra o consumidor ao adentrar neste universo consumerista digital. E como toda relação jurídica que se estabelece, o comércio eletrônico requer a devida tutela

---

<sup>44</sup> GONÇALVES, Rafael Augusto Leandro; FERREIRA, Rildo Mourão. O direito do consumidor no e-commerce. **Revista Jurídica Eletrônica**, Universidade de Rio Verde, Ano 6, n. 8, fev., 2017. p. 66.

<sup>45</sup> SOBHE, Amir Ayoub; OLIVEIRA, Deymes Cachoeira de. Proteção do consumidor no comércio eletrônico: inovações relevantes para as vendas *on-line* no Brasil a partir do Decreto Federal nº. 7962/2013. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 84-107, 4º Trimestre de 2013, p. 89.

<sup>46</sup> SOBHE, Amir Ayoub; OLIVEIRA, Deymes Cachoeira de. Proteção do consumidor no comércio eletrônico: inovações relevantes para as vendas *on-line* no Brasil a partir do Decreto Federal nº. 7962/2013., 2013. p. 89.

do Estado para se tornar plena. Fato é que este mercado está em constante crescimento e se fazia necessária uma tutela específica dentro do ordenamento jurídico brasileiro<sup>47</sup>.

As relações de consumo realizadas pela internet eram reguladas pelo CDC. No entanto, para efetivar a proteção do consumidor vulnerável, foi editado o Decreto n.º 7962/2013<sup>48</sup> complementando o Código de Defesa do Consumidor<sup>49</sup>.

O Marco Civil em 2014 estabeleceu garantias, princípios, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, dando as diretrizes para atuação dos entes federados sobre o tema, dentre outras questões igualmente importantes e que servem de pilar estruturante para o avanço de regras procedimentais eficientes sobre o uso da internet<sup>50</sup>.

A proteção à privacidade dos usuários foi um dos pontos regulamentados pela lei. Com a entrada em vigor do Marco Civil da Internet a operação das empresas que atuam no comércio eletrônico deverá ser mais específica e transparente, visando a proteção dos dados pessoais dos usuários, bem como

---

<sup>47</sup> GONÇALVES, Rafael Augusto Leandro; FERREIRA, Rildo Mourão. O direito do consumidor no e-commerce. **Revista Jurídica Eletrônica**, Universidade de Rio Verde, Ano 6, n. 8, fev., 2017. p. 72.

<sup>48</sup> O novo diploma legal trouxe algumas inovações importantes. De acordo com as novas regras, os fornecedores deverão informar expressamente em seus sites sua razão social, CNPJ, endereços eletrônico e físico, bem como todas as informações essenciais sobre os produtos ou serviços oferecidos, incluindo eventuais encargos e restrições aplicáveis à oferta, conforme determina o art. 2º e seus incisos, *in verbis*: Art. 2º - Os sites eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: I - **nome empresarial e número de inscrição do fornecedor**, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II - **endereço físico e eletrônico**, e demais informações necessárias para sua localização e contato; III - **características essenciais do produto ou do serviço**, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; IV - **discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias**, tais como as de entrega ou seguros; V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta. SOBHE, Amir Ayoub; OLIVEIRA, *Deymes* Cacheira de. Proteção do consumidor no comércio eletrônico: inovações relevantes para as vendas *on-line* no Brasil a partir do Decreto Federal n.º. 7962/2013. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 84-107, 4º Trimestre de 2013. p. 100.

<sup>49</sup> GONÇALVES, Rafael Augusto Leandro; FERREIRA, Rildo Mourão. O direito do consumidor no e-commerce. **Revista Jurídica Eletrônica**, Universidade de Rio Verde, Ano 6, n. 8, fev., 2017. p. 72.

<sup>50</sup> GONÇALVES, Rafael Augusto Leandro; FERREIRA, Rildo Mourão. O direito do consumidor no e-commerce., 2017. p. 72.

a privacidade de suas informações. Deste modo, as empresas que trabalham com os dados dos usuários para fins de publicidade, não poderão mais repassar suas informações para terceiros sem o seu prévio consentimento expresso e livre. Tal proteção só poderá ser quebrada mediante ordem judicial. Outra inovação promovida pelo Marco Civil é a garantia da privacidade das comunicações, ou seja, todo conteúdo das comunicações privada em meios eletrônicos terá a mesma proteção de privacidade que a dos meios de comunicação<sup>51</sup>.

O Marco Civil da Internet trouxe inovações para assegurar a privacidade, assim como introduziu o princípio da neutralidade da rede, “segundo o qual os provedores de conexão, como a Vivo, a NET e outras, não possuem a liberdade de discriminar ou privilegiar determinados conteúdos”. Deste modo, as empresas que pretendem colocar seu conteúdo na rede não podem pagar os provedores para dar privilégios aos seus clientes com acesso mais veloz, conseqüentemente, estes estão proibidos de exigir pagamento para beneficiar certas empresas<sup>52</sup>.

Para regulação do e-commerce e a proteção dos consumidores vê-se que foi necessário ir além do que determina o CDC, o Decreto nº 7962/2013 e o Marco Civil da Internet, foi preciso o diálogo entre as fontes do Direito, devido a dinâmica das relações de consumo que ocorrem no meio virtual e se dinamizam diariamente. As relações de consumo oriundas do comércio eletrônico estão mais propensas a fraudes e propagandas enganosas. O CDC no artigo 4.º, inciso I<sup>53</sup>, traz um dos

---

<sup>51</sup> GRANATO, Daniela Gonçalves; COSTA, Victória Q. A proteção do direito do consumidor no comércio eletrônico internacional (e-commerce). *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*. v. 1, n. 1, jan-jun, 2017. p. 42.

<sup>52</sup> GRANATO, Daniela Gonçalves; COSTA, Victória Q. A proteção do direito do consumidor no comércio eletrônico internacional (e-commerce)., 2017. p. 42.

<sup>53</sup> Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção

de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995). I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras



princípios do direito do consumidor extremamente relevante, reconhecendo-o como a parte vulnerável em uma relação de consumo. Reconhecimento que faz jus à existência do código, ao estabelecer que o consumidor, parte frágil de uma relação de consumo, diz que são necessárias medidas protetivas para ele.

O Marco Civil da Internet por sua vez, no artigo 7.º, XIII<sup>54</sup>, traz uma afirmação sobre a aplicabilidade do CDC nas relações consumeristas realizadas pela internet, considerada relevante para a aplicação das normas direcionadas a proteção e da defesa do consumidor, sobretudo, nas relações de consumo realizadas na internet. A afirmação, não é uma novidade e encontra respaldo na doutrina e jurisprudência.

### **Considerações Finais**

Conclui-se que o mundo físico passou a ser eletrônico, deste modo a questão: O que não é virtual? Demonstra ser pertinente em uma realidade onde saúde, opiniões, produtos, compras, vendas, consultas com inúmeros profissionais, educação, relacionamentos, conhecimento, se realizam na internet, muitas vezes mais no ambiente virtual que no físico.

O comércio eletrônico se expande pela internet. Se amplia em função da comodidade e da segurança de comprar, vender, contratar sem sair de casa, tornou-se uma alternativa é uma opção mais viável para a maioria dos consumidores.

Realidade que não afasta a vulnerabilidade dos consumidores e a importância de regulamentos eficientes para a relação de consumo, como

---

providências, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>> Acesso em: 22 mar., 2020.

<sup>54</sup> XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. **BRASIL, Lei n.º 12.965 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Ace. 26 jul. 2021.

a aplicação do Decreto 7.962/2013, o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil brasileiro.

### **Referência das Fontes Citadas**

ANDRADE, Marta Cleia Ferreira; SILVA, Naiara Taiz Gonçalves. O comércio eletrônico (e-commerce): um estudo com consumidores. **Perspectivas em Gestão & Conhecimento**, João Pessoa, v. 7, n. 1, p. 98-111, jan./jun. 2017.

ARANTES, Vivianne Dantas. **E-commerce**: A expansão do setor no Brasil e o comportamento do consumidor. 2016. 57p. Monografia (Especialização) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOLZAN, Fabrício. Direito do consumidor. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>> Acesso em: 22 mar., 2020.

BRASIL, **Lei n.º 12.965 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Ace. 26 jul. 2021.

CORREA, Rafael Felix; RUGONI, Tassiana Custódio; ALBUQUERQUE, Paulo et al. **O impacto do e-commerce na sociedade**. Revista de Informática Aplicada, v. II, n. 02 - jul/dez 2006.

GONÇALVES, Rafael Augusto Leandro; FERREIRA, Rildo Mourão. O direito do consumidor no e-commerce. **Revista Jurídica Eletrônica**, Universidade de Rio Verde, Ano 6, n. 8, fev., 2017.

GRANATO, Daniela Gonçalves; COSTA, Victória Q. A proteção do direito do consumidor no comércio eletrônico internacional (e-commerce). **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**. v. 1, n. 1, jan-jun, 2017.

KOHN, Karen; MORAES, Claudia H. de. O impacto das novas tecnologias na sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital. INTERCOM – SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO, XXX CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, **Anais...**, Santos, 29 de agosto a 2 de setembro de 2007.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Tradução Paulo Neves. São Paulo: 34, 1996.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROSA, Rosemar; SILVA, Rachel Inês da; PALHARES, Márcia Maria. **As novas tecnologias: influências no cotidiano**. Disponível em: [http://www.cinform-antiores.ufba.br/vi\\_anais/docs/MarciaPalhares.pdf](http://www.cinform-antiores.ufba.br/vi_anais/docs/MarciaPalhares.pdf) Acesso em: 18 mar., 2020.

SOBHIE, Amir Ayoub; OLIVEIRA, Deymes Cachoeira de. Proteção do consumidor no comércio eletrônico: inovações relevantes para as vendas *on-line* no Brasil a partir do Decreto Federal nº. 7962/2013. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 84-107, 4º Trimestre de 2013.

VASCONCELLOS-SILVA, Paulo Roberto; CASTIEL, Luis David; BAGRICHEVSKY, Marcos et al. As novas tecnologias da informação e o consumismo em saúde. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 26(8):1473-1482, ago, 2010.

## Meios atípicos de execução civil: limites constitucionais

*Leonardo Mateus Moretti <sup>1</sup>*

*Roberto Carlos Gradin <sup>2</sup>*

### Introdução

Com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, foram feitas atualizações necessárias em pontos que o antigo código de processo civil falhava, dentre as mudanças, uma das principais foram sobre a fase de execução dos processos, sejam elas fundadas em títulos extrajudiciais, seja em cumprimentos de sentença.

Tais procedimentos não continham grande eficácia no Código de Processo Civil de 1973, visto que as medidas do magistrado para efetivar a satisfação do crédito para o credor, já constavam tipificadas, sendo assim, os devedores de má-fé já previam os movimentos do magistrado, fraudando ou protelando o pagamento da sua dívida.

Com a entrada em vigor do novo código, especificamente com o artigo 139, inciso IV, foram atribuídas novas possibilidades coercitivas ao magistrado, visto que, a redação do artigo lhe autorizava a praticar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial.

Assim, a redação dada ao artigo, abriu inúmeras possibilidades para o magistrado coagir o devedor de má-fé a vir adimplir com as suas dívidas.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. E-mail: leo.moretti@gmail.com;

<sup>2</sup> Professor do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS. Especialista em Curso de pós-graduação Lato Sensu em Direito Civil pela Faculdade CESUSC. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: gradin@upf.br

Dentre as possibilidades de coerção adotadas pelos magistrados, estão a retenção do passaporte, cassação da Carteira Nacional de Trânsito – CNH, cancelamento dos cartões de crédito, penhora de salário em dívida não alimentar, proibição de frequentar certos lugares, entre outros.

Neste sentido, a materialidade do artigo está sendo bastante discutida não só pelos doutrinadores, mas também, o entendimento dos tribunais está em certa dissonância, não sendo decisões uniformes para a aplicação do artigo, devido ao entendimento que se tem a respeito das medidas atípicas, é que, a aplicação deste artigo seria inconstitucional, visto que estaria ferindo direitos constitucionais do devedor, como o direito de ir e vir e o princípio da proporcionalidade.

O presente artigo abrange as seguintes problemáticas de forma hipotético-dedutivo, encontrar a correta aplicabilidade do artigo, procurar a efetiva abrangência do artigo, encontrar os limites constitucionais da aplicação, encontrar a borda de até onde a aplicabilidade pode ir sem ferir os direitos do devedor, encontrar parâmetros para a aplicação do artigo, bem como, comparar o conflito dos princípios constitucionais do credor e o devedor.

Nesta senda, desenvolveu-se o presente trabalho, que aborda ao conceito de processo de execução, os poderes do magistrado na execução, bem como a abrangência do artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil.

E também, procura entender os direitos constitucionais do credor e do devedor, os limites constitucionais de aplicação dos meios atípicos e aborda sobre o conflito dos direitos fundamentais do credor e do devedor.

Por fim, procura um balizamento constitucional dos meios atípicos de execução civil, levando em conta o princípio da proporcionalidade, o princípio da ponderação, o princípio da satisfatividade e a finalidade da execução.

## **Objetivo do processo de execução**

O processo de execução, é o processo que visa a obtenção do crédito devido à parte vencedora de uma ação, ou o possuidor de um título extrajudicial, que foi lesado pela outra parte que deveria cumprir com a obrigação que prometera e não o fez.

A execução é classificada pelo título executivo que a lastreia, sendo a execução de título judicial chamada de cumprimento de sentença, bem como, execução por título extrajudicial (DIDIER et al, 2019, p.51), já nas palavras do professor Alexandre de Freitas Câmara (2015, p.323) São títulos executivos judiciais aqueles que são formados através de um processo (isto é, de um procedimento em contraditório), extrajudiciais ou demais títulos.

Neste sentido, dependendo de qual for o título executivo, judicial ou extrajudicial, e possuindo os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, está apto a iniciar o processo de execução.

Assim, quando a fase de conhecimento e instrução de um processo se encerrar, e o magistrado proferir uma sentença obrigando uma das partes a realizar uma conduta seja ela de pagar, fazer, não fazer, e o perdedor não cumprir o ordenado pelo juízo, a parte vencedora poderá executar esta decisão judicialmente, iniciando a execução forçada, por intermédio de um magistrado, bem como, quando o possuidor de um título extrajudicial, seja ele um cheque, nota promissória, ou contrato, e uma das partes deste contrato tiver sido lesada, tendo a sua expectativa contratual frustrada, ou não tiver o seu crédito pago, poderá requerer a sua execução mediante ação judicial.

Nesse sentido:

A execução civil faz-se, assim, em nosso ordenamento jurídico, por duas maneiras: como uma fase subsequente ao processo de conhecimento, na qual

tenha sido proferida sentença condenatória, não cumprida voluntariamente; ou como processo autônomo, quando fundada em título executivo extrajudicial. (GONÇALVES, 2016, p. 705)

Desta forma, o credor portando um título exequível poderá de forma legítima, agredir, o patrimônio do devedor, por meio do poder judiciário, que para o entendimento do professor Alexandre de Freitas Câmara (2015, p. 321) é “o ato jurídico capaz de legitimar a prática dos atos de agressão a serem praticados sobre os bens que integram um dado patrimônio, de forma a tornar viável sua utilização na satisfação de um crédito”.

Assim, quando ocorrer a lesão ao credor, o possuidor do título poderá executa-lo judicialmente, agredindo de forma legítima o patrimônio do devedor, por meio do magistrado, visto que este possui a legitimidade para agredir

A execução de um título judicial (sentença) será feito através de uma petição denominada de cumprimento de sentença, onde a parte perdedora da ação será intimada a apresentar a sua defesa, denominada impugnação ao cumprimento de sentença no prazo de 15 dias, ou caso o credor execute alguma espécie de título extrajudicial, será feita a citação do devedor para paga-la ou cumpra-la (caso seja obrigação de fazer ou não fazer), no prazo de três dias, ou apresentar sua defesa, os embargos à execução, iniciado assim, a fase processual chamada de execução.

O conceito de execução “é o poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação (conduta), que pode ser um fazer, ou não-fazer, ou um dar – prestação essa que se divide em dar dinheiro e dar coisa distinta de dinheiro” (DIDIER et al, 2019, p.43).

Já Carlos Alberto da Mota Pinto, entende que processo de execução:

É o poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (acção) ou negativo (abstenção ou omissão). Contrapõe-se-lhe o dever

jurídico da contraparte – um dever de ‘facere’ ou de ‘non facere’. O dever jurídico é, pois, a necessidade de (ou vinculação a) realizar o comportamento a que tem direito o titular activo da relação jurídica. São direitos subjectivos propriamente ditos os direitos de crédito (aos quais se contrapõe um dever jurídico de pessoa ou pessoas determinadas, por isso se falando aqui de direitos relativos), os direitos reais e os direitos de personalidade (aos que se contrapõe uma obrigação passiva universal ou dever geral de abstenção, que impede sobre todas as outras pessoas, por isso se falando neste caso de direitos absolutos). (2019, p. 43).

Nesta senda o autor continua dizendo que o objetivo do processo de execução é o pagamento efetivo da prestação devida ou o cumprimento da obrigação de fazer, quando o devedor (sujeito passivo) não cumpre com a prestação, surge aí, o inadimplemento ou lesão ao direito do credor (DIDIER, et al, 2019, p.44).

Nas palavras do professor Marcelo Abelha, sobre a finalidade da execução e a sua devida satisfação:

Lembre-se que a finalidade do ato executivo é satisfação à pretensão executiva, e, por isso mesmo, tais atos são destinados a criar alterações no mundo dos fatos, tornando concreta e real a prestação contida no título executivo provisório ou definitivo. (2015, p. 86)

Em suma, podemos resumir o que é esperado no processo de execução, que é a satisfação do crédito “Executar é satisfazer uma prestação devida. A execução pode ser espontânea, quando o devedor cumpre voluntariamente a prestação, ou forçada, quando o cumprimento da prestação é obtido por meio da prática de atos executivos pelo Estado” (DIDIER, et al, 2019, p.47).

De nada adiantaria o credor que buscou o poder judiciário para garantir que seu crédito seja satisfeito, via sentença ao final do processo



de conhecimento, ou via execução de título extrajudicial, se o próprio poder judiciário não garantisse que o tutelado receberia seus créditos.

Desta forma, mostra-se que o conceito e o objetivo da execução é requerer ao magistrado a satisfação do crédito que é devido ao exequente, visto que este possui o poder de “agredir” diretamente os bens do devedor, seja ela no processo de cumprimento de sentença, bem como, a satisfação de um título extrajudicial.

### **Evoluções do processo civil**

O processo de execução é a parte fundamental da tutela jurisdicional, tendo como objetivo, a plena satisfação do credor.

O conceito de execução vem muito tempo antes de existir o direito positivado, ou seja, o direito escrito, com embasamento jurídico, onde no direito Romano, o credor poderia exigir o pagamento da dívida, com o próprio corpo, podendo até vir a ser escravo do credor (MONTEIRO, 2003, p. 5 e 6, apud, DIDIER et al, 2019, p.71), aliás, esta conduta era totalmente aceita pela sociedade da época.

Nesse sentido.

Essa visão era socialmente aceita, a ponto de admitir-se um concurso de credores sobre o corpo do devedor, que seria dividido entre eles (Tabula III: “Tertiis nundinis partis secanto: si plus minusve secuerunt se fraude esto”). A tábua terceira da Lei das XII tábuas deixa clara essa macabra possibilidade de responsabilização pessoal do devedor, em sua lei 9: “se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Timbre”. (PEREIRA, 2004, P. 09 e 10, apud, DIDIER et al, 2019, p. 71).

Assim, a execução foi evoluindo, e a obrigação deixou de recair sobre o corpo do devedor, e passou a ir somente em seu patrimônio.

Foi com a edição da Lex Poetelia Papiria, em 428, a.C., que a responsabilidade assumiu caráter patrimonial. E o Código Civil Francês, que é de 1804, não deixa dúvidas, em seu texto, dessa conquista do Direito Moderno, referindo expressamente em seu art. 2.093 que “os bens do devedor são a garantia comum de seus credores” (MONTEIRO, 2003, p. 6, apud, DIDIER et al, 2019, p. 71).

Mais tardar, no âmbito processualista, especificamente no Brasil até no ano de 2014, um ano antes da publicação do Código de Processo Civil de 2015, tal entendimento de que a execução somente cairia sob o patrimônio do executado ainda era majoritária, entretanto, havia a possibilidade de aplicação das *astreintes* nos processos de fazer, não fazer, ou dar coisa, ou seja, a aplicação de multa sob o descumprimento da obrigação “as multas compulsórias (astreintes), embora satisfeitas com o patrimônio do condenado, têm também certo caráter pessoal, pois se destinam, por uma coação psicológica, a atuar sobre a vontade do réu, para coagi-lo a tomar determinada atitude” (COSTA, 1959, p. 53, apud, DIDIER et al, 2019, p. 72).

Com a entrada do novo código, tal entendimento acabou sendo ampliado, visto que o novo código veio para corrigir as falhas do código anterior, e uma das principais falhas, era no processo de execução, visto que as medidas que o magistrado poderia efetuar, eram tipificadas no código, devido ao princípio da legalidade, assim, o devedor já tinha noção dos próximos passos do magistrado (penhora e expropriação de bens) e acabava fraudando a satisfação do crédito

Dentre as alterações feitas no Código de Processo Civil brasileiro, foi possibilitado ao magistrado os meios atípicos e indiretos de execução, onde está previsto no seu art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil.

Estas alterações possibilitaram que a execução recaísse na pessoa do executado, mas de forma que não ofendesse a integridade física do devedor, entretanto, algumas aplicações, vem ferindo princípios constitucionais do executado, como a retenção da CNH, que em algumas decisões os magistrados alegam que feriria o direito de ir e vir do executado, mas também, vem efetuando garantias constitucionais do credor como o atendimento ao princípio da satisfatividade.

Assim, nota-se a importância do processo de execução, mesmo causando controvérsias ao longo do tempo, visto que em certos períodos deu poderes discricionários as partes, seja ele o credor, devedor e o magistrado, assim demonstra a necessitando de ponderação.

### **Os poderes do magistrado no processo de execução**

Os poderes que o magistrado possui no processo de execução tem grande importância para a satisfação do crédito para o credor, como dito anteriormente, no código de 1973 era comum a parte vencedora do processo ganhar somente a sentença, o papel escrito, sem realmente ganhar os efeitos da decisão, visto que ao final do processo, no início do processo de execução, os poderes do magistrado eram restritos, ou melhor, tinham pouca eficácia no plano concreto.

Visto que, a parte perdedora do processo, valendo-se da previsibilidade das possibilidades de sanção do magistrado, fraudava então a satisfação do credor, visto que, as medidas que o magistrado poderia aplicar no processo de execução estavam restritas ao princípio da legalidade, ou seja, explorava-se somente a possibilidade da penhora e expropriação dos bens nos processos de pagar quantia, pois somente estas

estavam tipificadas no código de 73 , vale ressaltar que, os meios típicos continuam vigentes no código atual.

As medidas típicas, ou meios de execução diretas, nos procedimentos de fazer, de não fazer e entregar coisa, continuaram no código vigente, previstas no artigo 536<sup>3</sup>.

Onde tal artigo, continua ainda com as mesmas possibilidades já previstas no código anterior, seja ela de aplicar multa, *astreintes*<sup>4</sup> (considerada atípica mas ações de pagar quantia certa), reforço policial, busca e apreensão, imissão na posse.

E os meios indiretos de execução, vieram com o advento do novo código, , onde possibilita que o credor proteste perante o cartório de protesto de título, a sentença condenatória transitada em julgado que dá origem ao processo de execução, quando o cumprimento não é feito de forma amistosa pelo devedor, possibilitando que a decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei,

---

<sup>3</sup> Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput , o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º , se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525 , no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

<sup>4</sup> Nesse sentido, DIDER JR., Fredie.2019, p. 127. “não é adequado impor, como medida atípica, multa para o cumprimento de obrigação pecuniária – note que a multa é medida típica apenas na execução de prestação de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro (arts. 536, §1º, e 537, CPC c/c art. 538, §3º, CPC). Na execução de obrigações pecuniárias, a imposição de multa revela-se como medida punitiva. Nesses casos, impor multa tem o efeito de aumentar o valor da dívida cobrada. Justamente por isso, entendemos que a multa do art. 523, §1º, do CPC, tem caráter coercitivo e também punitivo, diferentemente da multa do art. 536, §1º, do CPC, que, para nós, tem caráter exclusivamente coercitivo”.

depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário de quinze dias. (SANTOS, 2017, p. 74)

Fazendo assim, com que o devedor tenha a impossibilidade de requerer crédito aos bancos, participação em licitações, visto que, a pessoa do devedor, seja ela pessoa física ou jurídica terá seu registro perante aos órgãos de proteção de crédito, fazendo com que o devedor, satisfaça a obrigação para não sofrer as demais sanções decorrentes deste registro.

Ademais, o art. 782, §3º, possibilitou ao magistrado, a requerimento da parte, incluir o nome do devedor em cadastro de inadimplente, como o Serasa Experian e o Serviço Central de Proteção de Crédito – SCPC.

Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.

[...]

§ 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

E a última alteração, e a mais polemica, tanto que, é o principal debate do presente artigo, é a entrada do art. 139, inciso IV, onde possibilitou ao magistrado a adotar diversas medidas, que dependendo da aplicação em determinados casos, recairá a execução na pessoa do executado.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Tal artigo abre uma seara de possibilidades ao magistrado, sendo os meios atípicos/coercitivos de execução, ou seja, meios que não são tipificados, abrindo grande margem de poder ao magistrado, as vezes

podendo ser até discricionário, a fim de garantir a satisfação do crédito ao credor, como veremos no tópico adiante.

### **As possibilidades de execução atípicas contidas no art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil**

Nesta senda, já tendo observado que os meios típicos de execução mostravam-se falhos, o legislador preocupou-se em dar mais poderes ao magistrado no processo de execução, implementando os meios coercitivos atípicos, previsto no art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil em determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, dando uma ampla margem ao magistrado, para que coaja o inadimplente ao cumprimento da pretensão devida.

O art. 139, IV, CPC, aplica-se a qualquer atividade executiva: a) seja fundada em título executivo judicial (provisória ou definitiva), seja fundada em título executivo extrajudicial; b) seja para efetivar prestação pecuniária, seja para efetivar prestação de fazer não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro. (DIDIER, 2019, p.107).

Já no entendimento do professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2018, p.983) A técnica de que faz uso esse tipo de execução é, em regra, a sub-rogação, embora excepcionalmente se admita a coerção. Neste sentido, as medidas sub-rogatórias, são as que o magistrado, se colocaria no lugar do devedor, e efetivaria a satisfação do crédito ao credor, sejam elas as seguintes medidas, busca e apreensão, imissão na posse, expedição de alvará judicial, fazimento ou desfazimento de obra, nomeação de posse do servidor, nomeação de interventor na pessoa jurídica, e ainda, a alienação judicial do bem penhorado e a entrega do dinheiro ao credor.

Entretanto, para a os meios atípicos de execução serem utilizados, é necessário que tenham esgotados os meios típicos de execução, como os meios previstos no art. 532<sup>5</sup> e o 782<sup>6</sup> do código vigente.

Assim, a medida atípica só poderá ocorrer quando esgotado os meios típicos de formas para satisfazer o cumprimento da execução, quando comprovado a má-fé processual do devedor, quando não se tratar de uma má-fé do devedor, e sim indisponibilidade de bens, não se aplicaria o dispositivo.

Nesse sentido:

Se a atipicidade fosse regra, a ausência de bens penhoráveis não deveria suspender a execução, bastando ao juiz determinar outras medidas necessárias e suficientes à satisfação do crédito. Como, porém, a penhora, a adjudicação e a alienação são medidas típicas que se destinam à satisfação do crédito, a ausência de bens penhoráveis impede o prosseguimento da execução, não sendo possível, nesse caso, a adoção de medidas atípicas que lhes sirvam de sucedâneo para que se obtenha a satisfação do crédito do exequente. (DIDIER et al, 2019, p. 109).

Quando observado que o devedor possui disponibilidade de bens para a satisfação do crédito devido no processo, e este venha a esconder seus bens, evitando o pagamento de má-fé, poderá o magistrado de ofício ou a

---

<sup>5</sup> Art. 532. Verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material.

<sup>6</sup> Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.

§ 1º O oficial de justiça poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana.

§ 2º Sempre que, para efetivar a execução, for necessário o emprego de força policial, o juiz a requisitará.

§ 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

§ 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo.

§ 5º O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.

requerimento da parte, poderá aplicar o dispositivo, justapondo o meio atípico.

Abrindo assim, uma gama de formas de coerção ao pagamento do processo de execução, dentre elas, as mais comuns são a suspensão da carteira nacional de trânsito, cassação do passaporte, cancelamento dos cartões de crédito, bloqueio de contas-correntes, embargos de construções, proibição de participação de concurso público, astreintes, que veremos no tópico de análise de jurisprudências.

Estas possibilidades, estão em grande debate doutrinário e jurisprudencial, visto que há diversos entendimentos a respeito, e diversas teorias dos direitos fundamentais que seriam feridos, e que será discorrido nos tópicos seguintes do presente artigo. (SANTOS, 2017, p. 84)

Nesta senda, primeira decisão que se há notícia, em que se fundamentou no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil no Brasil, foi pela magistrada do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, Dra. Andrea Ferraz Musa, nos autos do processo nº 4001386-13.2013.8.26.0011<sup>7</sup>:

A decisão da magistrada, aplicou três medidas atípicas de uma vez, seja elas, a suspensão da CNH, apreensão de passaporte e o cancelamento dos cartões de crédito, coagindo assim o devedor a adimplir com as suas dívidas, que até então, com a recém entrada do código atual em vigor, não tinha uma baliza para a aplicação do dispositivo, entretanto, mesmo sendo a aplicação pertinente em sua fundamentação, a parte que veio a sofrer com os meios atípicos impetrou com *Habeas Corpus* em face da decisão da magistrada, que restou o seguinte teor:

---

<sup>7</sup> [...] Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não tem recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva. Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado [...], determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida. Oficie-se ao Departamento Estadual de Trânsito e à Delegacia da Polícia Federal. Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida. Oficie-se às empresas operadoras de cartão de crédito Mastercard, Visa, Elo, Amex e Hipercard, para cancelar os cartões do executado. [...].



'Habeas corpus' Ação de execução por quantia certa - Decisão que determinou a apreensão do passaporte e a suspensão da CNH do executado, até que efetue o pagamento do débito exequendo, fundamento no art. 139, IV, do NCPC - Remédio constitucional conhecido e liminar concedida Medidas impostas que restringem a liberdade pessoal e o direito de locomoção do paciente Inteligência do art. 5º, XV, da CF - Limites da responsabilidade patrimonial do devedor que se mantêm circunscritos ao comando do art. 789, do NCPC Impossibilidade de se impor medidas que extrapolem os limites da razoabilidade e da proporcionalidade. (...) Ao contrário, a interpretação sistemática do novo diploma processual civil deve ser feita de forma a se atentar para os fins sociais, às exigências do bem comum, à promoção da dignidade humana, à proporcionalidade, à razoabilidade e à legalidade (art. 8º, do NCPC). Quanto mais não fosse, mesmo que se entenda que as medidas coercitivas em comento sejam proporcionais e razoáveis em função da lamentável renitência do devedor em quitar débito de há muito reconhecido, as providências ligadas à apreensão do passaporte e à suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não se apresentam necessariamente efetivas à satisfação da pendência financeira objeto da execução."(TJ/SP, Habeas Corpus n. 2183713-85.2016.8.26.0000, 30ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Marcos Ramos, j. 29/3/2017)

Assim, denota-se a importância do artigo 139, e seu inciso IV do código vigente, dando meios atípicos de coerção ao magistrado, fazendo com que a imprevisibilidade de seus poderes, evitem de fazer com que o devedor fraude à execução, entretanto, é necessária uma baliza constitucional para a sua aplicabilidade, visto que sendo meio atípico, sem seguir o princípio da legalidade, poderá o magistrado ferir direitos fundamentais das partes do processo devido a sua discricionariedade de poderes.

### **3.0 - Limitações constitucionais dos meios atípicos de execução civil**

Visto a grande margem de aplicação dos meios atípicos de execução, é necessário analisar os princípios constitucionais das partes do processo e o conflito entre elas, visto que, devido ao poder que o magistrado recebeu, uma aplicação incorreta e as partes poderiam ser gravemente lesadas.

Como foi observado até agora, não há uma baliza, um parâmetro a ser seguido, conforme as jurisprudências colacionadas até então, e como veremos no tópico das análises de jurisprudência é notório que há divergências sob a sua aplicação.

Nesse sentido, “é tarefa da doutrina e dos tribunais fornecer critérios dogmáticos seguros para a aplicação desses dispositivos” (DIDIER et al, 2019, P. 104).

Assim, como pôde se observar, até a doutrina espera um parâmetro para a aplicabilidade dos meios atípicos de execução, esperando que esta nova possibilidade que se abriu no código vigente, venha a beneficiar não só o credor no processo de execução, mas também resguarde os direitos do devedor, sendo uma fase processual justa, bem como o direito deve ser.

#### **Dos direitos constitucionais das partes**

Primeiramente, deve ser observado, que com o advento do novo código, por mais que tenha dado ênfase a fase de execução, de nada adiantaria, se não fosse observados todos os direitos constitucionais das partes, como por exemplo o Princípio da Duração Razoável do Processo, previsto no art. 5º, LXXVIII<sup>8</sup>, da Constituição brasileira, e no art. 4º do

---

<sup>8</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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

Código de Processo Civil<sup>9</sup>, onde tal princípio, não beneficia só o credor, fazendo com que obtenha rapidamente seu crédito, mas também, beneficia o devedor, que no princípio da duração razoável, está implícito o direito do contraditório e ampla defesa, lhe concedendo prazo para se defender das alegações do credor e produzir provas contra as suas alegações.

Entretanto, há de se destacar, que o credor e o devedor possuem garantias constitucionais específicas, como por exemplo, o princípio da efetividade e da satisfatividade, ambos princípios que protegem e resguardam o credor, aduzem ao credor a garantia de que com a efetividade do estado, ou seja, o que lhe for de direito será garantido via tutela jurisdicional, nas palavras do professor a respeito do princípio da efetividade“ os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos (DIDIER, 2019, p.67). Processo devido é processo efetivo”, e o princípio da satisfatividade, onde está garantido que a tutela jurisdicional, seguira e conseguira satisfazer o que é devido ao credor, aliás está esculpido no art.831<sup>10</sup> do Código de Processo Civil.

Nesse diapasão, também é necessário observar que o devedor também possui garantias constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, e o princípio da menor onerosidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, visa proteger o devedor, que na persecução do credor na quantia necessária de bens do devedor, deixe o necessário para o devedor ter o mínimo de dignidade o possível, como por exemplo quando uma penhora recai nos bens da residência do devedor, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode penhorar todas as televisões da residência, bem como, rádios por exemplo, pois estariam

---

<sup>99</sup> Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

<sup>10</sup> Art. 831. A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios

ferindo este princípio e também, o da informação, devendo ser resguardado estes bens<sup>11</sup>.

Nesta senda, o princípio da menor onerosidade, vem, com o intuito de resguardar os bens do devedor, nesse sentido:

O princípio da menor onerosidade inspira a escolha do meio executivo pelo juiz, isto é, da providência que levará à satisfação da prestação exigida pelo credor. Ele incide na análise da adequação e necessidade do meio – não do resultado a ser alcançado [...] O resultado a ser alcançado é aquele estabelecido pelo direito material. A maneira de se chegar até esse resultado é que deve ser a menos onerosa possível para o executado. (DIDIER et al, 2019, p. 81 e 82).

Assim, o magistrado ao aplicar a medida menos onerosa o possível, ainda deverá fundamentar a sua decisão e apresentar as razões de ter escolhido tal meio para satisfazer o crédito do devedor, conforme o art. 93, alínea E, inciso IX da Constituição brasileira<sup>12</sup>, e os requisitos previstos no art. 489 do Código de Processo Civil, possibilitando então, que o credor, munido destes princípios, bem como, o do contraditório e ampla defesa, possa recorrer à decisão do magistrado. (SANTOS, 2017, p. 93)

Em casos práticos, é notório a divergência a respeito da utilização dos meios atípicos de execução civil, como por exemplo, uma medida já tomada por alguns magistrados, entretanto não pacificado, é a suspensão

---

<sup>11</sup> AGRAVO INTERNO. INDICAÇÃO A PENHORA INDEFERIDA. APARELHOS DE TELEVISÃO E SOM. Caso em que os bens móveis indicados à penhora (aparelhos de tv e som) são os únicos que guarnecem a residência dos devedores, os quais incluem-se nos direitos reconhecidos no art. 6º da CF (direito à informação), devendo ser indeferida à indicação feita pelo agravante, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (Agravo, Nº 70018005843, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Augusto Monte Lopes, Julgado em: 07-02-2007)

<sup>12</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; [...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

da carteira nacional de trânsito, onde alguns magistrados entendem que, a suspensão seria um atentado contra os direitos fundamentais de ir e vir do devedor, conforme o no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal<sup>13</sup>.

O entendimento dos tribunais de toda a jurisdição brasileira é diferente quando se trata na retenção da CNH do devedor, para alguns tribunais a decisão é de que não há de se falar em retirar o direito de dirigir do inadimplente, pois estaria ferindo o direito de ir e vir, como também se vê em tribunais da mesma região julgando positivamente sobre a remoção da CNH.

Nesta senda, colaciona-se uma jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se nega o pedido de suspensão da CNH do devedor, com base a narrativa em que tal direito constitucional seria ferido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSE. EXECUÇÃO. SUSPENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO A FIM DE ASSEGURAR O PAGAMENTO DE DÍVIDA. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO A GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. O artigo 139, IV, do CPC/2015, autoriza a utilização de medidas atípicas pelo juiz, desde que respeitados os princípios de razoabilidade e adequação e consideradas as peculiaridades do caso concreto. O fato de não ter a devedora satisfeito o pagamento do débito, bem como inexistir bens penhoráveis não se mostra suficiente para a adoção das medidas atípicas requeridas pelo credor, uma vez que ferem os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, consistentes na prática de atos da vida civil. Não se revela razoável, tampouco proporcional a suspensão da carteira nacional de habilitação do devedor, para fins de pagamento de dívida não alimentar. A responsabilidade da agravante é patrimonial e as medidas postuladas pela agravada, implicam em atingir pessoalmente a figura da devedora,

---

<sup>13</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

restringindo seus direitos fundamentais, em especial o da liberdade de locomoção, previsto no artigo 5º, “caput” e inciso XV, da CF/1988. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME.(Agravado de Instrumento, Nº 70081370553, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em: 26-06-2019)

Entretanto, é decidido também, pelo mesmo tribunal o deferimento do pedido de suspensão da CNH, *in verbis*:

(...) Após, os exequentes pediram que fosse oficiada à Caixa Econômica Federal para que informasse acerca da existência de valores depositados a título de FGTS na conta do executado e, em caso positivo, para que fossem bloqueados os valores (fls. 103/104), o que foi acolhido pela magistrada singular (fl. 106), não, sendo, contudo, localizados valores quaisquer (fl. 108). Depois, os alimentados postularam a penhora via BACENJUD (fl. 111), o que, apesar de deferido (fl. 114), também não resultou frutífero (fls. 115/117). Determinada a intimação dos exequentes para requererem o que de direito, sob pena de extinção do feito (fl. 118), pediram a suspensão da habilitação de veículo automotor do executado até o pagamento do débito alimentar (fl. 121), decisão de acolhimento do juízo singular ora questionada (fls. 122/124). Com o devido respeito, não vislumbro verossimilhança nas alegações dos impetrantes, porque, em princípio, a determinação judicial de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor não ocasiona, data venia, ofensa ao direito de ir e vir do paciente (art. 5º, XV, da CF). Isso porque o paciente inofensivamente segue podendo ir e vir, desde que o faça a pé, de carona ou de transporte público. Esposar compreensão em sentido distinto significa dizer que os não-habilitados a dirigir não podem ir e vir, in veritate absoluta. Desnecessário dizer mais.”(TJ/RS, Habeas Corpus n. 70072211642, 8ª Câmara Cível, voto condutor do rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pasti, j. 23/3/2017)”(...) Também não vejo aqui nenhuma restrição sequer ao direito de ir e vir, porque, como também disse o eminente Relator, há outros meios de se locomover a não ser em veículo próprio, Quando mais não seja, foi dito que pode ir de ônibus, a pé, até de bicicleta alugada, hoje nós temos isso – não precisa de carteira de habilitação para dirigir bicicleta –, ou quem sabe até de patinete ou skate, como

se vê às vezes pelas ruas."(TJ/RS, Habeas Corpus n. 70072211642, 8ª Câmara Cível, Declaração de voto do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 23/3/2017)

Desta forma, denota-se que para a aplicabilidade dos meios atípicos de execução civil, é necessário observar as garantias fundamentais do credor e do devedor, visando sempre, a garantia de um estado democrático de direito, evitando assim, o poder discricionário de uma das partes, e até mesmo do magistrado.

### **Dos conflitos das garantias constitucionais**

Nesta esteira, deve ser observado o Princípio da Proporcionalidade, disposto no art. 8º do Código de Processo Civil, no que tange a respeito de o magistrado atender não só os fins sociais do direito, mas resguardará uma série de princípios constitucionais, dentre eles, o princípio da proporcionalidade.

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Demonstrando, que o magistrado deve sim aplicar as suas decisões previstas no ordenamento jurídico, entretanto, deverá preservar os direitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a publicidade e a fundamentação das decisões, conforme o previsto no art. 5º, inciso LX da Constituição Federal<sup>14</sup>, e o art. 489 do Código de Processo Civil<sup>15</sup>, em que caso não fosse observado, poderia estar causando grave

---

<sup>14</sup> LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

<sup>15</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

lesão ao estado democrático de direito, contudo, quando ocorrer o conflito entre os princípios constitucionais das partes, deverá ser observado o Princípio da Proporcionalidade, tal princípio rege-se no intuito de colocar as garantias constitucionais das partes frente a frente, e decidir qual deverá ser prevalente no caso concreto. (SANTOS, 2017, p. 112)

Neste sentido:

Segundo Humberto Ávila, o postulado da proporcionalidade se manifesta nas “situações em que há uma relação de casualidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetado(s)?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).(ÁVILA, 2015, p. 205, apud. DIDIER et al, 2019. p. 113)

Assim, nestes questionamentos feitos pelo professor Humberto Ávila, observa-se o princípio da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade da real necessidade de aplicação, basta observar, quando uma execução recai sobre o imóvel de família, ou sobre o corte de água e luz elétrica, certamente o princípio da satisfatividade do credor será totalmente extinto pela força do direito à residência e a dignidade da pessoa humana, sendo impossibilitado a penhora deste bem.

Aliás, este é o entendimento pacificado pelo nosso Supremo Tribunal Federal, de que garantia individual não é absoluta, já sendo matéria de debate pelo relator Celso de Mello:

**OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.** Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de



relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. ” Jurisprudência: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20. (grifei)

Assim, com a entrada dos meios atípicos de execução civil, é necessário observar os princípios constitucionais das partes e os possíveis conflitos entre eles, sendo necessário fazer utilizar o parâmetro do Princípio da Proporcionalidade das garantias fundamentais das partes, fazendo com que o processo de execução, detenha certa e justa eficácia no mundo jurídico, evitando ocorrer o poder discricionário do magistrado bem como a de uma das partes.

### **Análise Jurisprudencial**

Dando continuidade e utilizando todo o conteúdo exposto até então, chegamos no tópico onde será analisado as jurisprudências de diversos tribunais do país, e apresentar as divergências acerca dos meios atípicos de execução civil.

A aplicabilidade dos meios atípicos de execução não é somente contraditória nos tribunais, mas também, são divergentes os entendimentos dos doutrinadores:

Entende que não se pode falar em atipicidade das medidas executivas. Para ele, tal interpretação do art. 536, §1º, CPC, seria inconstitucional por violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que impede que o sujeito seja privado de seus bens sem a observância do devido processo legal. Entende que é “ilegítimo engendrar um mecanismo próprio específico para o caso concreto, em benefício de uma das partes e em detrimento da outra”. E conclui: “nada disso impede a incidência da adequação do meio ao fim como método de concretizar direitos; porém, no âmbito da tipicidade (ASSIS, 2015, V.2, p. 936-937, apud, Didier, et al, 2019, P.103).

Sendo manifesto o desconforto do doutrinador Araken de Assis, com a aplicação dos meios atípicos de execução civil, salientando ainda, que o processo de execução pode ainda ser concluído com os meios típicos e habituais.

Entretanto, para outros doutrinadores, as possibilidades atípicas de execução são válidas, e ainda, já foram bem-vindas na primeira edição do livro *primeiros comentários ao novo código de processo civil de 2015*, quando foi apresentado o artigo que possibilitaria aos meios atípicos:

A resistência ao cumprimento de ordens judiciais é um fenômeno cultural muito comum e, de certo modo, ligado à indisciplina que, em alguma medida, caracteriza o povo latino e, muito especialmente, o povo brasileiro. Resistimos às ordens. A regra do art. 461 do CPC/73 representou uma quebra de paradigma bastante expressiva, ao autorizar o juiz a determinar medidas que este inciso agora repete e reforça, isto é, medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, que devem ser aplicáveis às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. (WAMBIER, 2015, p.264)

Assim, os autores introduzem as suas primeiras análises sobre o artigo 139, inciso IV do código que entraria em vigor no ano de 2016, visto que ele seria exatamente para evitar que o devedor agisse de má-fé, fazendo um comparativo com o art. 461 do código anterior, falando que

como os devedores de má-fé já conheciam as práticas adotadas pelos magistrados, vinham a fraudar a execução.

Destarte, saindo das opiniões dos doutrinadores, vamos às jurisprudências, que se contrapõe, sobre o tema dos meios atípicos de execução, como visto anteriormente, no tópico 3.1, que era sobre o direito constitucional das partes, já foi colacionado a divergência do entendimento a respeito da suspensão da CNH do devedor, em primeiro momento foi deferido o pedido, e após o recurso da parte, quando impetrado o remédio constitucional *Habeas Corpus*, foi deferido o pedido, com o fundamento da decisão de que tal medida teria ferido o direito de ir e vir, retornando então a CNH ao devedor. (SANTOS, 2017, p. 121)

Entretanto, a medida de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é que a suspensão da CNH não fere o direito de ir e vir, conforme o Anexo A - STJ - RHC: 97876 SP 2018/0104023-6, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão:

[...] 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o habeas corpus via processual adequada para essa análise. [...] 11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. [...]

Aliás, deve ser observado, que o entendimento do STJ, já leva em conta o princípio da menor onerosidade da execução, visto que o Ministro Luis Felipe Salomão, salienta que em certos grupos, a retenção da CNH

causaria mais danos, caso ocorresse a suspensão de devedor que utiliza o veículo como meio profissional sendo sua forma de sustento.

Nesse diapasão, é perceptível, ao menos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde o pedido de cancelamento de cartão de crédito do devedor, não é meio hábil para a obtenção do pagamento da dívida, e somente, é considerado meio coercitivo e constrangedor ao devedor, conforme os Anexos B - TJSP; Agravo de Instrumento 2225376-72.2020.8.26.0000; Relator (a): Mario A. Silveira; Anexo C - TJSP; Agravo de Instrumento 2176257-45.2020.8.26.0000; Relator (a): Cauduro Padin; e Anexo D - TJSP; Agravo de Instrumento 2141410-85.2018.8.26.0000; Relator (a): José Marcos Marrone:

[...] Ordem de suspensão de carteira de habilitação, passaporte e cancelamento de cartões de crédito dos executados. Ausência de correspondência da medida determinada com o débito. A suspensão do direito de dirigir, do passaporte e o cancelamento de cartões de crédito produzem efeitos que se distanciam da pretensão deferida pelo juízo a quo. A aplicação do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil deve ser norteada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observados os direitos constitucionais.[...]

[...] Decisão agravada que indeferiu os pedidos de suspensão da CNH, apreensão do passaporte e cancelamento dos cartões de crédito da executada. Pretensão fundamentada no art. 139, IV, do CPC. Descabimento. Medidas inconstitucionais, que geram constrangimento à devedora, inclusive com violação ao direito de liberdade e dignidade da pessoa humana, sem garantia de efetividade. [...]

[...] Decisão indeferindo pedido de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e bloqueio dos cartões de crédito do agravado - Medidas executivas atípicas, que não se justificam no caso em análise, notadamente porque não há evidências de que tais bloqueios importarão no pagamento do débito exequendo [...]

Aliás, este parece ser o entendimento majoritário dos tribunais, conforme o entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná, o cancelamento dos cartões de crédito do devedor, deve passar pelo escopo da execução menos onerosa, conforme o Anexo E - Agravo de Instrumento Relator: Desembargador Péricles Bellusci de Batista Pereira, Processo: 0050206-36.2019.8.16.0000:

[...] Para a concessão de medidas atípicas, faz-se necessário o cumprimento de alguns requisitos: a) o esgotamento de todos os meios típicos de execução; b) que o meio atípico pretendido se mostre, ao menos num primeiro momento, eficiente para o resultado almejado (adimplemento da obrigação); c) o comando não seja discricionário, ilógico e/ou desproporcional.- No caso dos autos, não há elementos que justifiquem a aplicação das medidas atípicas previstas no art. 139, IV, do CPC/2015, a fim de satisfazer o crédito, porquanto não há indícios de esquivamento ou dilapidação do patrimônio que impeçam o cumprimento da obrigação, além da ausência de efeito prático da suspensão da CNH e cartão de crédito. Recurso não provido.[...]

Dando continuidade, uma das medidas mais polemicas seria a retenção do passaporte do devedor, conforme a primeira jurisprudência do STJ colacionada no presente tópico, o entendimento sumulado é de que não seria possível a recensão “ [...] 2. *Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário [...]*”, entretanto, é necessário observar, que alguns tribunais regionais estariam deferindo o pedido pleiteado, conforme o Anexo F - Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 8027752-63.2018.8.05.0000, Relator (a): João Augusto Alves de Oliveira Pinto, Publicado em: 19/06/2019;

[...] . Consoante entendimento do STJ, torna-se necessário, para a adoção das medidas judiciais atípicas com fundamento no dispositivo legal em comento,

o exaurimento de todas as medidas típicas orientadas a ver satisfeita a obrigação, sendo, pois, imprescindível a comprovação do esgotamento de meios outros à disposição do credor e do Juiz para consecução da finalidade do processo. No caso dos autos, observa-se que, de fato, o Agravado não quitou a dívida e nem apresentou proposta de cumprimento da obrigação, restando comprovado o exaurimento das tentativas de localização de bens de titularidade do Agravado no Bacenjud, Receita Federal, Renajud, etc. Logo, cabível as medidas determinadas na decisão. [...]

Assim, resta demonstrado, que até o entendimento do STJ acerca da retenção do passaporte não está sendo seguido pelos tribunais de segunda instância, visto que o STJ é contrário a retenção e há tribunais deferindo o pedido do meio atípico de execução.

Dentre as possibilidades contidas no art. 139, inciso IV do código vigente, está a prática já conhecida do código anterior, que é a cobrança das astreintes, esta modalidade de cobrança é a prática de multa progressiva pela mora, nos casos em que for aplicada na execução de prestação de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro será meio típico de astreintes, entretanto, já nas ações de pagar quantia, é considerada como forma atípica, visto que, se torna em medida coercitiva e punitiva ao devedor, neste sentido, é o entendimento e a aplicação desta modalidade atípica de astreintes, conforme os Anexos G - TJ-CE – Agravo de Instrumento nº: 0631860-98.2018.8.06.0000, Relator: Jucid Peixoto do Amaral; Anexo H - TJ-RJ, Agravo de Instrumento Nº 0026976-78.2019.8.19.0000 - Des(a). JDS João Batista Damasceno:

[...] A decisão monocrática de minha Relatoria prolatada às fls. 95/103 expõe que apenas o arbitramento de multa pecuniária diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é que não se deve aplicar a condenação, haja vista que o presente caso trata-se de obrigação de pagar quantia certa. 3. A jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça posiciona-se pela não aplicabilidade da multa pecuniária diária nas obrigações de pagar quantia

certa. Precedentes. 4. Destarte, não cabe imposição de astreintes nas obrigações de pagar ou de depositar em juízo quantia em dinheiro, motivo pelo qual concedo o efeito suspensivo nesse ponto específico.

[...] obrigação de pagar. astreintes. impossibilidade. art. 139, I, CPC. inaplicabilidade. mesmo na vigência do código de processo civil de 1973, se entendia pela impossibilidade da imposição de astreintes nas obrigações de pagar. o objetivo da multa coercitiva é o adimplemento de obrigação de fazer infungível ou não fazer. descabida a aplicação de multa em caso de descumprimento de obrigação de pagar, porque somente gera aumento da dívida sem proveito para o credor, motivo pelos quais devem ser adotadas medidas mais eficazes para alcançar o resultado prático equivalente.[...]

E ainda, há casos em que a astreintes são deferidas nos mesmos fundamentos, conforme o Anexo I - TJ-PA - Agravo de Instrumento: 00070003120168140000, Relator: Gleide Pereira de Moura,:

[...] IV - Conforme a inovação prevista no artigo 139, IV, do CPC/2015, passa-se a admitir, a partir deste Diploma Legal, a fixação da multa coercitiva quando diante de uma obrigação de pagar. E, no presente caso, mostra-se pertinente a redução deste quantum a um patamar razoável e proporcional, o qual deverá ser de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento até o limite de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), e não o valor fixado pelo juízo a quo que foi de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia até o limite correspondente ao valor do imóvel; atendendo, então, o pleito do recorrente neste ponto. V - Recurso parcialmente provido, apenas para reduzir o valor da astreinte. [...]

Assim, resta o entendimento sobre o meio atípico de execução ao que me parece ser mais gravoso ao executado, o que seria a proibição da participação do devedor em concursos públicos, conforme o Anexo J - Agravo de Instrumento, Nº 70074664616, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker:

[...] Conforme o disposto no art. 139, IV do CPC, cabe ao magistrado se valer de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias

necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial. No caso, as medidas pleiteadas pela agravante, tais como suspensão da CNH, proibição de participar de concurso público ou de licitações públicas, apreensão de aparelho de telefonia celular, além de ultrapassar as esferas da proporcionalidade e da razoabilidade, não se revelam úteis, pois poderiam implicar na limitação da percepção de rendas pelo agravado [...]

Aliás, deve ser observado, que o a possibilidade em questão está em debate em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a respeito da constitucionalidade do art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil, e que seria julgado no dia 22 de outubro de 2020, entretanto, ao consultar o movimento da ADI no dia 12 de novembro de 2020, a mesma está concluída para o relator desde a data de 28 de outubro de 2020, sem ter sido julgado, conforme o Anexo K - Recurso Especial nº 1869395 - SP (2020/0076153-4) Relatora: Ministra Maria Isabel Galotti:

[...] "(im)possibilidade de determinação de medidas executivas atípicas ? suspensão de Carteira Nacional de Habilitação ? CNH, bloqueio de cartões de crédito e retenção de passaporte - para assegurar o pagamento de débito reconhecido por ordem judicial, nos termos do art. 139, IV, do CPC". [...] Por fim, anoto que desde maio de 2018 está tramitando no Supremo Tribunal Federal a ADIn nº 5.941, na qual se pleiteia a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos artigos 139, IV 297, caput 380, parágrafo único; 403, parágrafo único, 536, caput e § 1º e 773 da Lei federal 13.105/2015 (Código de Processo Civil), "para declarar inconstitucionais, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou subrogatórias oriundas da aplicação daquele dispositivo, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública." A despeito da ausência de determinação de suspensão dos processos ou da aplicação da lei questionada na Medida Cautelar, verifico que a referida ADIn foi incluída na pauta de julgamento do dia 22/10/20, de modo que prudente aguardar o pronunciamento do STF sobre matéria idêntica à tese ora proposta. [...]



Desta forma, é evidente que a aplicação dos meios atípicos de execução civil previsto no art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, está em dissonância entre os tribunais regionais, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que por vezes vem a ferir direitos constitucionais dos devedores, e também, do credor, quando o Estado vem a falhar na obtenção da segurança jurídica das partes.

### **Análise e discussão dos resultados**

Assim, observando o decorrido até então, foi de fácil percepção que a evolução do processo de execução, foi retirando o ônus que recaía diretamente sobre o corpo do devedor, e passou a recair somente sob os seus bens, na totalidade devida, todavia, com o advento das medidas atípicas de execução contida no art. 139, inciso IV do Código de Processo Civil de 2015, a execução voltou a recair indiretamente no corpo do executado.

Mesmo com todas as garantias constitucionais advindas com a Constituição Federal do Brasil de 1988, onde uma de suas maiores lutas foi garantir que o Estado não seria discricionário em suas medidas, visto que, a entrada da Constituição foi logo após o término de um regime militar que ficou no poder do país por mais de 20 anos, as garantias constitucionais seriam e ainda é a parte mais forte da constituição.

Sendo assim, extremamente necessário uma baliza constitucional para a sua aplicabilidade, a fim de que nenhuma medida se torne abusiva por parte do credor, do devedor e muito menos do magistrado, e não retornando ao *status quo* do processo de execução, em que a satisfação do crédito era mais importante do que o bem-estar social.

Na análise das jurisprudências foi perceptível que mesmo que o Superior Tribunal Federal tenha um entendimento sobre a aplicabilidade

dos meios atípicos de execução, os tribunais regionais aplicavam de outra forma, e ainda, em um dos fundamentos para aplicação da medida, o tribunal alegou que era o entendimento do STJ, demonstrando total falta de tenuidade acerca dos meios atípicos de execução, e até os doutrinadores conforme o exposto pelo professor Didier Jr. aguarda um parâmetro de aplicação pelo estado.

Desta forma, a alteração e ênfase dada ao processo de execução no Código de Processo Civil mesmo que de boa-fé, necessita um conglomerado de observâncias para a sua mais justa aplicação.

### **Considerações Finais**

Nesse ínterim, é evidente que a aplicação incorreta do artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil de 2015, que possibilitou ao magistrado meios atípicos de execução civil, pode vir a ferir diversas garantias constitucionais das partes, em especial do devedor, visto que, na inobservância dos Princípios da Menor Onerosidade, Contraditório e Ampla Defesa e no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o poder concedido ao magistrado, sendo ele de ofício ou a requerimento da parte, poderia ser discricionário e ir contra estes preceitos constitucionais.

Mas também, veio a calhar no que tange à aplicação ao Princípio da Satisfatividade e a garantia da Eficácia Jurídica do credor, garantindo-lhe que no decorrer do processo, o magistrado poderá tomar medidas além das típicas para garantir a execução, ou seja, determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial.

Por fim, mostra-se necessário um entendimento uniforme e balizado para as aplicações dos meios atípicos de execução, para dar a efetividade pretendida pela alteração feita com o Código de Processo Civil de 2015.

## Referências

- ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil** . – 5.<sup>a</sup> Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015;
- ÀVILA, Humberto. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**. Revista Eletrônica de Direitos do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005, p. 24. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso 06 dez. 2019;
- BRASIL. Processo Civil, 2015. **Código de Processo Civil de 16 de março de 2015**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em 05 dez. 2019;
- BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 05 dez. 2019;
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas 2015;
- DIDIER, Fredie Jr., **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1, 18<sup>a</sup> ed., 2016, Editora Juspodivm;
- DIDIER, Fredie Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira **Curso de direito processual civil: execução** /– 9. Ed. Ver., ampl. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. V.5;
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios **Direito processual civil esquematizado**. Coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção esquematizado®);
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios **Direito processual civil esquematizado**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018. (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza);
- SANTOS, Guilherme Luís Quaresma. **Teoria geral da execução e o código de processo civil e o direito fundamental do credor à tutela jurisdicional tempestiva e efetiva**. In: REICHELTL, Luis Alberto; RUBIN, Fernando (Org.). Grandes temas do novo código de processo civil. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2017. V.2;

STJ - RHC: 97876 SP 2018/0104023-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/06/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/08/2018;

TJ-CE - AGV: 06318609820188060000 CE 0631860-98.2018.8.06.0000, Relator: JUCID PEIXOTO DO AMARAL, Data de Julgamento: 27/02/2019, 3ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 27/02/2019;

TJ-PA - AI: 00070003120168140000 BELÉM, Relator: GLEIDE PEREIRA DE MOURA, Data de Julgamento: 28/08/2018, 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Publicação: 05/09/2018;

TJ-PR, Agravo de Instrumento 0050206-36.2019.8.16.0000, Relator Desembargador Péricles Bellusci de Batista Pereira, Órgão Julgador: 18ª Câmara Cível, Data Julgamento: 10/02/2020;

TJ-RJ, Data de Julgamento: 28/08/2019 - Data de Publicação: 30/08/2019, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026976-78.2019.8.19.0000 - Des(a). JDS JOÃO BATISTA DAMASCENO - Julgamento: 28/08/2019 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

TJ-RS . Agravo de Instrumento, Nº 70074664616, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em: 23-11-2017;

TJ-RS Agravo de Instrumento, Número do Processo: 8027752-63.2018.8.05.0000, Relator (a): JOÃO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA PINTO, Publicado em: 19/06/2019;

TJ-SP; Agravo de Instrumento 2225376-72.2020.8.26.0000; Relator (a): Mario A. Silveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 09/11/2020; Data de Registro: 10/11/2020;

TJ-SP; Agravo de Instrumento 2176257-45.2020.8.26.0000; Relator (a): Cauduro Padin; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IX - Vila Prudente - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/11/2020; Data de Registro: 05/11/2020;

TJ-SP; Agravo de Instrumento 2141410-85.2018.8.26.0000; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/11/2018; Data de Registro: 29/11/2018;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. II. Conceição, Maria Lúcia Lins. III. Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva. IV. Mello, Rogerio Licastro Torres de, **Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

## **A aposentadoria especial dos profissionais da saúde no Regime Geral de Previdência Social pós-Reforma Previdenciária de 2019 <sup>1</sup>**

*Leticia Carboni*<sup>2</sup>  
*Edimara Sachet Risso*<sup>3</sup>

### **1. Introdução**

O presente trabalho tem por finalidade analisar como a reforma da Previdência Social aprovada no ano de 2019 por meio da Emenda Constitucional n. 103 dificultou o acesso dos profissionais da saúde à aquisição da aposentadoria especial. A partir da reforma, passou a ser exigido como requisito a idade mínima, o que faz com estes trabalhadores precisem trabalhar por um tempo maior, ficando assim mais tempo expostos a agentes nocivos prejudiciais à saúde.

O estudo sobre as novas regras da aposentadoria especial se faz importante diante das inúmeras mudanças que vieram para o nosso sistema jurídico pela reforma da previdência aprovada no ano 2019. A aposentadoria especial conhecida até então deixou de existir no dia seguinte à publicação da Emenda Constitucional, ou seja, em 13 de novembro de 2019, e uma nova aposentadoria especial passou a existir, com maior número de requisitos necessários a serem atingidos para

---

<sup>1</sup> Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, campus Soledade, como requisito parcial para a obtenção do grau bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da Professora Mestre Edimara Sachet Risso, no ano de 2020.1.

<sup>2</sup> Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo- Campus Soledade. E- mail: leticiacarboni2017@gmail.com

<sup>3</sup> Professora Orientadora. Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. edimara@upf.br

conseguir esse direito, sendo assim necessária uma análise acerca da situação dos segurados diante de tantas mudanças.

A análise é mais específica com relação aos profissionais da saúde, que passam suas vidas expostos a agentes nocivos à saúde e que, justamente por essa razão, tinham proteção previdenciária diferenciada.

Dentre todos os benefícios previdenciários a aposentadoria especial é a única que possui caráter preventivo, ao limitar o tempo de exposição a agentes nocivos que os trabalhadores se submetem ao desenvolver sua atividade laboral. E ao retirar estes profissionais do risco de contrair possíveis doenças, esta sendo feita a prevenção à saúde destes trabalhadores conforme prevê nossa Constituição Federal. Além de impedir que ocorra um grande aumento de requerimentos e pagamentos de auxílios- doença, e também de aposentadorias por invalidez. O que com a reforma previdenciária se perdeu, estando entre os profissionais mais afetados por mudança os profissionais da área da saúde, que serão uns dos mais afetados por essa reforma, por estarem diariamente expostos a diversos agentes nocivos a sua saúde durante as suas jornadas de trabalho, além de exercerem plantões longos gerando um grande esgotamento físico.

Conforme iremos perceber no decorrer deste trabalho, a partir da EC 103/2019 a aposentadoria especial, não mais terá seu caráter preventivo, tendo como finalidade muito mais a questão financeira do que a preservação da saúde dos profissionais. Uma vez que quanto mais tempo expostos aos agentes nocivos estes profissionais, muito maior será a chance de desenvolverem doenças relacionadas ao trabalho, o que irá gerar um número maior de pagamentos de auxílio-doença por parte da Previdência Social.

## **2. Proteção Social pela Previdência**

Neste item, abordaremos o tema da seguridade social desde o seu surgimento, sua história no Brasil que teve início na Constituição Federal de 1891 até os dias de hoje, após a reforma previdenciária de 2019, que trouxe inúmeras modificações para todos os beneficiários da Previdência Social e foi-se organizando de forma a ampliar a proteção social.

Com a Revolução Industrial, o trabalho passou a ser da forma como conhecemos hoje, ocorrendo uma divisão entre os detentores dos meios de produção e dos que tinham o trabalho e sua força de trabalho como meio de sobrevivência. Mesmo o trabalho sendo remunerado por salário, ainda não existia regulamentação, tendo o trabalhador como única garantia o que estava prescrito em seu contrato de trabalho, mas por parte do governo não tinham nenhuma garantia (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 57).

Segundo Agostinho,

a Seguridade Social surgiu da necessidade social de se criarem métodos de proteção contra os variados riscos ao ser humano, como meio de resposta para a elaboração de medidas a fim de reduzir os efeitos das adversidades da vida, tais como doença, envelhecimento etc. (2020, p. 39).

A assistência pública foi uma das primeiras formas de proteção, através da caridade que em grande maioria das vezes era conduzida pela Igreja, por meio de seus fieis e mais tardar por meio de instituições públicas. Essa preocupação com o bem estar dos trabalhadores levou algumas categorias a constituírem caixas de auxílios, que beneficiavam os trabalhadores da categoria em casos de doenças ou morte.

Segundo Marisa Ferreira dos Santos,



A desvinculação entre o auxílio ao necessitado e a caridade começou na Inglaterra, em 1601, quando Isabel I editou o Act of Relief of the Poor--- Lei dos Pobres. A lei reconheceu que cabia ao Estado amparar os comprovadamente necessitados. Surgiu, assim, a assistência pública ou assistência social (2020, p. 29-30).

Depois de determinado tempo, somente a caridade já não era mais suficiente para suprir as necessidades dos doentes e dos desempregados, ocorreu então o surgimento das primeiras empresas seguradoras com fins lucrativos e administravam com base nos critérios econômicos, com saneamento financeiro. Este seguro “decorria de contrato e tinha natureza facultativa, mas esta proteção atingia uma minoria, pois nem todos optavam por pagar este seguro. Surgiu assim a necessidade de criar um seguro obrigatório, que protegesse os que eram economicamente mais frágeis” (SANTOS, 2020, p. 30).

Os autores Carlos Alberto de Castro e João Batista Lazzari nos falam da evolução da Previdência Social por meio dos modelos de Bismarck e Beveridge. Otto von Bismarck apresentou um conjunto de normas que hoje podemos ver como os primeiros indícios do sistema que conhecemos como Previdência Social. Era assegurado ao trabalhador auxílio- doença, aposentadoria e proteção em casos de acidentes de trabalho. Os planos previdenciários da época ficaram conhecidos como bismarckiano ou capitalização, sendo que somente os empregadores e os empregados contribuíam para os planos e estes também eram os únicos beneficiários. A contribuição era feita por meio de uma poupança compulsória, uma vez que o seguro era obrigatório por determinação do Estado.

A partir do ano de 1994 surgiu o Plano Beveridge, criado por William Henry Beveridge,

o regime *bereridgeano*, ou de repartição, em que toda a sociedade contribui para a criação de um fundo previdenciário, do qual são retiradas as prestações para aqueles que venham a ser atingidos por algum dos eventos previstos na legislação de amparo social (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 67).

Como podemos observar, tem-se, neste momento, o surgimento da solidariedade nas contribuições previdenciárias, uma vez que todos os trabalhadores e empregadores contribuem para a formação de um fundo previdenciário que irá beneficiar toda a população, sendo eles trabalhadores ou não.

A previdência social esteve prevista em nossas constituições desde a Constituição Federal de 1824. Estava prevista no inciso XXXI do artigo 179 e garantia aos cidadãos o direito aos socorros públicos, mas este artigo acabou por não ter muita utilidade.

A Constituição de 1891 tratou do assunto em dois artigos, são eles o artigo 5º e o artigo 75. O artigo 5º previa a obrigação da União em socorrer os Estados que se encontrassem em estados de calamidade pública, quando estes solicitassem ajuda da União. O artigo 75 tratava da aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos, sendo que para receber tal benefício não era necessário que os trabalhadores contribuíssem com nenhum valor, o custeio era feito em sua totalidade por parte do Estado (AGOSTINHO, 2020).

Em 24 de janeiro de 1923, foi editado o Decreto n. 4.682, que criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários, previa assistência médica, e proteção em casos de invalidez e morte. Este decreto ficou mais conhecido como Lei Eloy Chaves, e foi um marco no direito previdenciário, pois criou o primeiro sistema de previdência social no Brasil, influenciando na criação de mais Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP's) no país.

Em 1933, surgiu a primeira instituição em nível nacional de previdência social, tendo por base a atividade econômica chamado de

Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM), criado por meio do Decreto n. 22.872 de 19 de junho de 1933. A Constituição Federal de 1934 trouxe o modelo tripartite de financiamento da previdência social, onde todo o custeio era feito pela União, empregados e empregadores. Outra inovação foi à noção de risco social- doença, invalidez, velhice e morte (AGOSTINHO, 2020, p. 33).

Por sua vez, a Constituição de 1937 trouxe em seu texto constitucional a previsão de seguros em decorrência de acidentes de trabalho, sendo eles seguro de vida, de invalidez e de velhice. Em 23 de fevereiro de 1938, foi editado o Decreto-Lei n. 288, que criou o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (servidores federais, no caso).

Em 19 de janeiro de 1946, através do Decreto- Lei n. 8.742 foi criado o Departamento Nacional de Previdência Social. E, no ano de 1960, foi editada a Lei Orgânica da Previdência Social, a qual

teve o condão de unificar todos os dispositivos infraconstitucionais relativos à Previdência Social que até então existiam. A Lei Orgânica n. 3807/60 instituiu o auxílio- reclusão, o auxílio- natalidade e o auxílio- funeral, tendo, portanto, representado grandes avanços também no plano substancial (AGOSTINHO, 2020, p. 34).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1967 levou para seu texto constitucional a previsão do salário-família, além de prever o direito ao seguro-desemprego aos trabalhadores que perdessem o emprego.

Constituição de 1988 “foi a primeira a reunir saúde, assistência social e a previdência em um único sistema de proteção social de caráter tridimensional, a seguridade social” (AGOSTINHO, 2020, p. 41).

O Regime Geral de Previdência Social, previsto no artigo 201 da CF/88, e nos traz a sua organização da seguinte forma

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: I- cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; II- proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário IV - salário- família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes;

Ao contrário do que leigamente se possa supor, o Regime Geral da Previdência Social não abrange toda a população economicamente ativa, pois algumas categorias possuem regimes previdenciários próprios, como os servidores públicos civis, militares, membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas da União (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 106).

No ano de 2019, foi aprovada pelo Congresso Nacional a EC nº 103/2019, que trouxe muitas mudanças para o Regime Geral da Previdência Social.

A partir deste momento, em razão dos objetivos deste trabalho, é importante que passemos a conhecer quem são os beneficiários da Previdência Social e as quais benefícios eles têm direito após cumprirem todos os requisitos obrigatórios para a concessão dos benefícios.

Conforme o artigo 12 da Lei n. 8212/ 1991 e artigo 11 da Lei n. 8213/ 1991 são segurados obrigatórios da Previdência Social, “a pessoa física que exerce atividade remunerada, efetiva ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo de emprego, a título precário ou não, bem como aquele que a lei define como tal” (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 245).

Os segurados sempre serão pessoas físicas, por este motivo possuem direito a prestações previdenciárias. Outro requisito é exercer atividade laboral remunerada e lícita, com vínculo empregatício, doméstico, urbano

ou rural, como trabalhador avulso, segurado especial, empresário, trabalhador autônomo ou trabalho a esse equiparado (AGOSTINHO, 2020, p. 118). O valor de sua remuneração decorre da aplicação de alíquotas sobre o total de sua remuneração mensal.

A MP nº 905/2019 classificou como segurado obrigatório da previdência social o beneficiário que de seguro-desemprego, durante os meses que este segurado receber o benefício. Ou seja, enquanto recebesse seguro-desemprego, o trabalhador deveria obrigatoriamente contribuir. Esta mudança implicaria principalmente nos prazos de manutenção da qualidade de segurado, mesmo o trabalhador estando desempregado (SANTOS, 2020, p. 101). Contudo, a MP 905 foi revogada pela MP 955, que teve sua vigência encerrada. Assim, permanecem como obrigatórios os segurados previstos em lei, ou seja, os economicamente ativos.

Por sua vez, conforme Marisa Ferreira dos Santos, “é segurado facultativo o maior de 16 anos que se filiar ao RGPS, mediante contribuição, desde que não se enquadre em nenhuma das categorias do artigo 11 da Lei n. 8.213/91.” (2020, p. 116). Enquadram-se nesta categoria segurados como donas de casa, estudantes, síndicos não remunerados (ainda que de forma indireta), dentre outros. O salário contribuição, sobre o qual será determinado o valor do pagamento da contribuição deste segurado, será o valor por ele declarado e somente terá direito a se aposentar por idade ou por invalidez.

O artigo 18 da Lei nº 8.213/91 prevê os seguintes benefícios aos segurados da Previdência: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário- maternidade, auxílio-acidente. Contudo, a redação não está de acordo com a Reforma da Previdência, que alterou esse rol. Fora extinta a aposentadoria por tempo de contribuição e os benefícios por incapacidade tiveram a modificação de seus nomes. O

auxílio-doença passou a ser benefício por incapacidade temporária e a aposentadoria por invalidez passou a ser aposentadoria por incapacidade permanente.

A aposentadoria por invalidez está prevista no artigo 201, inciso I da CF/88, nos artigos 42 a 47 da Lei nº 8.213/91, e, conforme mencionado, com a reforma da previdência passou a ser chamada de aposentadoria por incapacidade permanente para o trabalho. O segurado que for aposentado nesta modalidade deverá cumprir algumas obrigações, como o comparecimento à perícia médica no INSS a cada dois anos, para a comprovação da permanência da incapacidade laborativa. Deverá também se submeter a processo de reabilitação profissional prescrito e custeado pelo INSS. Para a aposentadoria por incapacidade permanente, a idade do trabalhador não é requisito para a concessão do benefício e sim a incapacidade laborativa do segurado (SANTOS, 2020, p. 160).

Em relação à aposentadoria por idade a Reforma Previdenciária unificou a aposentadoria por idade e a aposentadoria por tempo de contribuição, cumulando os requisitos de idade e tempo de contribuição. Para os homens, a idade mínima é de 65 anos de idade e para as mulheres a idade mínima é de 62 anos, quando forem trabalhadores urbanos, conforme previsto no parágrafo 7º, inciso I do artigo 201 da CF/88. E para os trabalhadores rurais a idade mínima é de 60 anos para os homens e de 55 anos para as mulheres, conforme previsto no parágrafo 7º, inciso II do artigo 201 da CF/88, ambos com redação da EC 103/19<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 201. [...] § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

A aposentadoria por idade ficou garantida apenas para “os trabalhadores rurais e para os que exercem suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro, e o pescador artesanal, não se lhes aplicando as regras de transição da EC n. 103/2019” (SANTOS, 2020, p. 296).

A mesma Emenda criou a aposentadoria comum voluntária, e então ocorreu a substituição da aposentadoria por idade e tempo de contribuição, por esta que abrange cumulativamente os requisitos de idade e tempo de contribuição.

No que diz respeito à aplicação das regras, aos filiados que se inscreverem no RGPS após a publicação da EC nº103/2019 serão aplicadas as regras permanentes. Aos filiados que ingressaram antes da EC 103/2019, mas que não haviam cumprido todos os requisitos necessários para se aposentarem, se aplicará a regra de transição. Os filiados “que cumpriram todos os requisitos para a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade antes da Reforma da Previdência, restou garantido o direito ao benefício com base nas regras então vigentes, restando respeitado, assim, o direito adquirido.” (SANTOS, 2020, p. 165).

Como se verificou, o auxílio-doença, depois da EC 103/2019, passou a ser denominado como incapacidade temporária. É devido aos segurados que precisam ficar afastados do trabalho por um período superior a 15 dias.

Esses foram os benefícios cujas alterações foram implementadas pela chamada Reforma da Previdência e cujos requisitos se analisou de forma superficial tendo em vista que o objetivo do presente trabalho é analisar o tema principal, qual seja, a aposentadoria especial.

### 3. Aposentadoria Especial

Após compreendermos como funciona a Previdência Social, passaremos a analisar especificamente o benefício da aposentadoria especial, observando suas regras em busca da proteção dos segurados da previdência social.

Antes da Emenda Constitucional n. 103/19, para que pudesse se aposentar de forma especial, o segurado deveria cumprir a carência mínima exigida de 180 contribuições, não havendo idade mínima exigida, bastava que o segurado comprovasse perante o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), que exercia uma atividade laboral permanente em que estava exposto a algum agente nocivo a sua saúde ou integridade física (EDUARDO; EDUARDO, 2016, p. 433).

Em sua essência, a aposentadoria especial é garantida aos trabalhadores que exercem profissões que exigem o exercício ininterrupto de atividades laborais sob a incidência de agentes nocivos, podendo ser químicos, biológicos ou físicos, a sua saúde pelo prazo de 15 anos para trabalhadores expostos ao grau mínimo de insalubridade, 20 anos aos expostos ao grau médio de insalubridade e 25 anos aos empregados expostos ao grau máximo de insalubridade, não havendo distinção de idade entre homens e mulheres, sendo o mais comum o tempo de contribuição de 25 anos que abrangem principalmente os profissionais da saúde.

A lista das atividades especiais está prevista no Anexo IV, do Decreto nº 3.048/99, na forma do artigo 58, caput<sup>5</sup>, da Lei nº 8.213/1991 e, caso houver dúvidas sobre o enquadramento da atividade, caberá ao Ministério

---

<sup>5</sup> Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.



do Trabalho e Emprego e ao Ministério da Previdência Social sanarem a controvérsia.

Para a comprovação do exercício de atividade nociva à saúde, o trabalhador deve apresentar um laudo técnico, que contenha as informações sobre a existência de equipamentos e tecnologia de proteção individual ou coletiva e sua eficácia, ou seja, o Laudo Técnico de Condições ambientais de Trabalho (LTCAT). Deve apresentar também o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), que se trata de um formulário que deve ser preenchido pela empresa, quando o segurado for empregado, ou pelo próprio, quando se tratar de contribuinte individual. Esse documento apresentará informações como resultados de monitoração biológica; resultados de avaliações ambientais; dados administrativos correspondentes, setor em que a pessoa trabalhou, agentes a que esteve exposta e por quanto tempo laborou exposta ao agente nocivo (artigo 58, parágrafo 1<sup>o6</sup>, Lei 8.213).

Os contribuintes individuais como dentistas, por exemplo, também poderão comprovar o exercício de atividade laboral especial através de prontuários médicos, fichas de acompanhamento dos pacientes, documentos estes que tenham a capacidade de provar que estava exposto a agentes nocivos.

A Emenda Constitucional 103/2019 alterou o disposto no artigo 201, §1<sup>o7</sup> da Constituição Federal, estabelecendo que por meio de lei

---

<sup>6</sup> Art. 58. [...] § 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

<sup>7</sup> Art. 201. [...] § 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

complementar a possibilidade de estabelecer idade mínima e tempo de contribuição diverso do estabelecido na regra geral para os segurados que exerçam atividades de exposição a agentes nocivos, desde que comprovada à efetiva exposição. Ficando vedada assim a caracterização por categoria profissional (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 1024).

A principal mudança é a exigência de idade mínima para a aquisição da aposentadoria especial. Os trabalhadores deverão comprovar que exercem atividade que o mantinha exposto a agentes nocivos a sua saúde.

A EC103/2019, em seu artigo 19, §1<sup>o</sup><sup>8</sup>, trouxe uma regra de transição transitória, para os segurados que não tinham completado todos os requisitos até a entrada em vigor da Emenda Constitucional. A regra transitória leva em conta a idade do segurado e o tempo de contribuição, ficando assim estabelecido: o segurado deve ter 15 anos de atividade especial e 66 anos de soma de idade e tempo de contribuição. Ter 20 anos de atividade especial e 76 anos de soma de idade e tempo de contribuição. Ter 25 anos de atividade especial e 86 anos de soma de idade e tempo de contribuição.

Assim, a agora chamada aposentadoria voluntária especial está prevista no artigo 201, § 1<sup>o</sup>, inciso II da CF/88, nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91<sup>9</sup> é devida aos trabalhadores que durante sua jornada de

---

<sup>8</sup> § 1<sup>o</sup> Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1<sup>o</sup> e 8<sup>o</sup> do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria: I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos: a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição; b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição;

<sup>9</sup> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) § 1<sup>o</sup> A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) § 2<sup>o</sup> A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49. § 3<sup>o</sup> A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social-

trabalho estão expostos a agentes nocivos, sejam eles, químicos, físicos ou biológicos. O que se observa é que a EC 103/2019 trouxe como requisito para a concessão da aposentadoria especial uma nova regra que é a de idade mínima, para que o trabalhador tenha direito a esse benefício (SANTOS, 2020, p. 201).

Os novos segurados já se enquadram na nova regra permanente de aquisição de aposentadoria especial. Que ficou estabelecida da seguinte forma: os trabalhadores que exercem atividades que exigem 15 anos de contribuição deverão ter idade mínima de 55 anos para requer o benefício. Os trabalhadores que exercem atividades que exigem 20 anos de contribuição deverão ter idade mínima de 58 anos. E os trabalhadores que

---

INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) § 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) § 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995) § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98) (Vide Lei nº 9.732, de 11.12.98) § 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no **caput**. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98) § 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeito aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997) § 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98) § 2º Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informações sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98) § 3º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997) § 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997).

exercem atividade que exige 25 anos de contribuição deverão ter idade mínima de 60 anos para o recebimento do benefício.

O segurado deverá comprovar que esteve exposto a agentes nocivos, físicos, biológicos ou químicos. Os profissionais da saúde como médicos e enfermeiros estão mais expostos a agentes nocivos biológicos como microrganismos e parasitas infectocontagiosos vivos e suas toxinas<sup>10</sup>, pois esses profissionais lidam diretamente com “pacientes portadores de doenças infectocontagiosas e também podem acabar se contaminando por vírus, bactérias no momento do manuseio dos utensílios utilizados no atendimento ao paciente” (FURTADO, 2020), tendo, portanto, o direito de requerer a aposentadoria especial após 25 anos de exercício da atividade profissional exposta a estes agentes nocivos.

Por sua vez os técnicos em radiologia e os demais profissionais que realizam o trabalho de diagnósticos de exames estão mais expostos a agentes nocivos físicos como a exposição a raios X e a nêutrons e exposição a substâncias ionizantes (FURTADO, 2020).

O novo modelo de aposentadoria especial cria regra de transição e regra transitória, dificultando o acesso do segurado ao benefício e retardando, em média, seis ou sete anos o pedido de aposentadoria pela regra de transição, mesmo daqueles que estavam a dias de completarem os requisitos. O direito adquirido somente será garantido àqueles que completaram mais de 15, 20 ou 25 anos de tempo especial até 12.11.2019 (LADENTHIN; SCHUSTER, 2020).

A Emenda Constitucional 103/2019 desconfigurou o benefício, alterou significativamente a padronização anterior ao exigir idade mínima, regra transitória e de transição. Não tem mais o foco voltado ao trabalhador e, muito menos, na sua saúde. O objetivo agora, ao que nos

---

<sup>10</sup> Decreto n.º. 3.048, com a redação do Decreto n.º. 4.882/03.

parece, é apenas financista, desprezando os dados oficiais de ambientes laborais insalubres e perniciosos. O critério prevencionista, precaucional, que justificava a existência do benefício deixa de existir e, em seu lugar, passam a valer regras mais rígidas e inflexíveis (LADENTHIN; SCHUSTER, 2020).

A partir deste momento, após entendermos a importância da aposentadoria especial, vamos passar a tratar da realidade dos profissionais da área da saúde, que estão entre os grupos de segurados que mais se enquadram como possíveis futuros beneficiárias dessa modalidade de aposentadoria.

#### **4. A aposentadoria especial dos profissionais da saúde**

Os profissionais da saúde são de suma importância para toda a sociedade. Principalmente neste momento em que vivemos uma pandemia<sup>11</sup>, podemos perceber o quão expostos estes profissionais estão a diversos agentes nocivos.

A aposentadoria especial tem como objetivo retirar o trabalhador da exposição a agentes nocivos em que está submetido no seu ambiente de trabalho, precocemente, com a intenção de prevenir que venha a ser acometido de alguma doença relacionada ao trabalho futuramente, sendo por isso necessário manter o caráter preventivo deste benefício como nos diz Azevedo:

É primordial que a finalidade da aposentadoria especial não seja olvidada. Fornecer possibilidade de prevenção contra danos na economia do trabalhador e compensar o desgaste e dano resultante da exposição a agentes nocivos e, sobretudo, oferecer possibilidade de prevenção contra danos à saúde e integridade física e mental dos trabalhadores e trabalhadoras (2017, p. 286).

---

<sup>11</sup> Este trabalho foi desenvolvido durante a pandemia Sars Cov-2 (Covid 19), que exigiu esforços de profissionais da saúde no mundo todo, inclusive no Brasil, cujas consequências ainda estão sendo objeto de estudo (LEONEL, 2021)

Mas, a partir da reforma previdenciária, os segurados que têm direito à aposentadoria especial ficarão mais tempo expostos aos agentes nocivos a que são submetidos todos os dias, pois terão que ter uma idade mínima para conseguir se aposentar fazendo assim com que o caráter preventivo que este benefício possui acabe por ser perder. Além da dificuldade já encontrada, pois aposentadoria especial em muitos casos somente é concedida por via judicial, o que já gera uma grande dificuldade para o recebimento deste benefício por parte dos contribuintes que tem direito ao benefício.

A Constituição Federal de 1988 garante em seu texto constitucional a proteção à saúde do trabalhador, conforme consta no artigo 7º, inciso XXII<sup>12</sup>, quando prevê que os trabalhadores têm direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho a que estão expostos diariamente (LADENTHIN; SCHUSTER, 2020, p. 2).

Com maior exposição aos agentes nocivos, maior será o número de doenças contraídas por estes profissionais em decorrência da grande exposição, o que irá gerar para os cofres públicos um enorme gasto com o pagamento de auxílios-doença e aposentadorias e por invalidez, que certamente irão aumentar muito.

Os profissionais da saúde sofrem um grande desgaste físico durante o exercício da sua atividade laboral, pois enfrentam plantões longos, sofrem também um desgaste emocional, pois enfrentam todos os dias situações muito difíceis.

Técnicos em radiologia ficam expostos à radiação todos os dias, o que pode causar graves doenças, muitos acabam por desenvolver câncer, e muitas vezes nem aproveitam o benefício por um longo prazo, como falou

---

<sup>12</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

o João Rodrigues Filho, vice-presidente da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, em um debate sobre a previdência que aconteceu na Comissão de Direitos Humanos (CDH) (AGÊNCIA SENADO, 2019).

Ao impor a esses profissionais a mais tempo de exposição à radiação, o número de profissionais desta categoria que irão desenvolver doenças relacionadas ao trabalho passará a ser muito maior.

Conforme nos explicam os autores Solange Caetano e André Caetano, as jornadas de trabalho dos profissionais de enfermagem ocorrem da seguinte forma

Em média, uma carga horária de 36 horas semanais, distribuídos em plantões de seis horas diárias, no período diurno, e plantões 12x 36, com duas folgas, ou 12x 60, com plantões fixos, sem folga, durante o horário noturno, jornadas acordadas pelos sindicatos por meio de Convenções Coletivas de Trabalho (CCT) ou Acordo Coletivo de Trabalho (ACT), conforme o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal. Justifica-se a prática desta jornada diferenciada por se tratar de uma profissão com especificidades- como exposição a riscos biológicos, físicos, químicos, ergonômicos e psicológicos, conhecido como locais insalubres, e até mesmo perigoso (2016, p. 350).

Enfermeiros sofrem um grande desgaste físico, pois enfrentam plantões muito longos, onde passam muito tempo em pé, e ficam tempo demais em posturas inadequadas. Além disso, ficam diariamente riscos de contaminação por vírus, fungos e bactérias, pois mesmo com a desinfecção dos ambientes hospitalares não ficam totalmente livres do risco de contaminação por esses agentes e a utilização de todos os equipamentos de proteção que utilizam podem vir a se contaminar por algum agente biológico como bactérias e vírus.

Ao analisarmos os riscos em que médicos e enfermeiros principalmente estão expostos devemos observar a situação destes profissionais durante o combate a pandemia de corona vírus. Muitos

profissionais foram infectados durante o trabalho, mesmo estando protegidos pelos equipamentos de proteção individuais (LEONEL, 2021).

Ao aumentar o tempo de trabalho exigido para obtenção do benefício previdenciário esses profissionais ficarão expostos a novas situações como essas, onde muitas vezes nem mesmo os equipamentos de proteção individuais básicos eles tem acesso.

Vale ressaltar que não são apenas os médicos, enfermeiros, dentistas que podem receber a aposentadoria especial. No ano de 2015, a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), reconheceu como atividade especial o serviço de copeira em ambiente hospital, segundo o desembargador federal “os profissionais estão sujeitos a contatos com pessoas doentes, vírus e bactérias.” (IBDP, 2021).

Os beneficiários da aposentadoria especial são os segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais. Mas segundo o Decreto n. 3048/1999, em seu parágrafo 64, os contribuintes individuais somente tem direito a aposentadoria especial se estiverem filiados a cooperativas de trabalhos.

Os contribuintes individuais que não possuem vínculo empregatício não têm direito a concessão de aposentadoria especial, pois segundo o entendimento adotado pelo INSS não há como comprovar que sofreram efetiva exposição a agentes nocivos. (CASTRO; LAZZARI, 2020, p.1031).

Para Carlos Alberto de Castro e João Batista Lazzari, essa interpretação está equivocada, “visto que a Lei de Benefícios não estabelece qualquer restrição nesse sentido, e a especialidade da atividade decorre da exposição aos agentes nocivos, e não da relação de emprego.” (2020, p. 1032).



No ano de 2012 a Turma Nacional de Uniformização (TNU) editou a súmula nº 62<sup>13</sup>, que prevê que, desde que haja a comprovação por parte do contribuinte individual de efetiva exposição a agentes nocivos à sua saúde, poderá este obter reconhecimento de atividade especial para fins previdenciários.

Essa possibilidade lança uma luz para os casos de profissionais como dentistas, que durante toda a sua vida profissional trabalharam somente em seu consultório particular, e não possuem nenhum vínculo empregatício, portanto segundo o disposto no Decreto nº 3048/1999 não teriam direito à aposentadoria especial.

Mas estes profissionais estão diariamente expostos a diversos agentes nocivos à sua saúde. Precisando, dessa forma, utilizar-se de diversos meios para conseguir comprovar que exercem efetivamente uma atividade especial, através de documentos que comprovem sua efetiva exposição a tais agentes que colocavam em risco sua saúde.

Os tribunais reconhecem que o contribuinte individual mesmo sem vínculo empregatício tem direito a aposentadoria especial conforme demonstra a decisão a seguir:

**EMENTA:** PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. ATIVIDADE ESPECIAL. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA ATIVIDADE ESPECIAL. ART. 57,

§ 8º DA LEI 8.213/1991. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Apresentada a prova necessária a demonstrar o exercício de atividade sujeita a condições especiais, conforme a legislação vigente na data da prestação do trabalho, o respectivo tempo de serviço especial deve ser reconhecido. 2. A lei não faz distinção entre o segurado empregado e o contribuinte individual para fins de concessão de aposentadoria especial. O reconhecimento do direito não configura instituição de benefício novo, sem a correspondente fonte de custeio. 3. Cumprida a

---

<sup>13</sup> Súmula 62. O segurado contribuinte individual pode obter reconhecimento de atividade especial para fins previdenciários, desde que consiga comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física.

carência e demonstrado o exercício de atividades em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física durante o período exigido pela legislação, é devida à parte autora a concessão de aposentadoria especial. 4. A Corte Especial deste Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do § 8.º do art. 57 da LBPS (IAC 5001401-77.2012.404.0000), sendo assegurada à parte autora a possibilidade de continuar exercendo atividades laborais sujeitas a condições nocivas após a implantação do benefício. 5. Determina-se o cumprimento imediato do acórdão, por se tratar de decisão de eficácia mandamental que deverá ser efetivada mediante as atividades de cumprimento da sentença *stricto sensu* previstas no art. 497 do CPC/15, sem a necessidade de um processo executivo autônomo (*sine intervallo*) (TRF4, 2020).

Em seu voto, o Relator João Batista Pinto Silveira (TRF4, 2020) ressalta que, para o reconhecimento da atividade especial, é preciso que haja habitualidade e permanência do tempo de trabalho em condições especiais prejudiciais da saúde ou integridade física do trabalhador. Observa ainda que a exposição ao agente nocivo não precisa ser durante toda a jornada de trabalho, basta que, para o desenvolvimento de sua atividade laboral, o trabalhador se exponha, em algum momento, todos os dias durante sua jornada de trabalho aos agentes nocivos. Essa exposição deve estar integrada à sua atividade laboral, não podendo ser eventual para a caracterização do exercício de atividade especial.

O contribuinte individual deve provar que esteve efetivamente exposto a agentes biológicos, químicos nocivos a sua saúde. Por não ter um empregador a comprovação de atividade especial pelo profissional autônomo é mais difícil de ser feita.

O mais indicado é que este profissional contrate um especialista em segurança do trabalho. Este profissional poderá auxiliá-lo na elaboração do perfil profissiográfico previdenciário que é o principal documento de comprovação do exercício de atividade especial.

Outros documentos que podem ajudar o profissional a comprovar que exerceu atividade considerada especial são fichas médicas de pacientes, prontuários.

O Supremo Tribunal Federal em julgamento no ano de 2020, por maioria dos votos, decidiu que o segurado especial após a aprovação da concessão de aposentadoria não pode mais exercer a atividade nociva à sua saúde que exercia antes da aposentadoria, ou qualquer outra atividade se enquadre como nociva à saúde (STF, 2020a; STF, 2020b).

O STF entende que não há inconstitucionalidade no artigo 57, §8º da Lei 8.213/1991. Esse artigo traz em seu texto a vedação ao recebimento do benefício ao segurado que permanecer no exercício de atividade nociva após a aposentadoria.

Segundo o Ministro Dias Toffoli, a continuidade do exercício da atividade nociva é uma inversão da lógica da aposentadoria especial, pois esta tem como objeto preservar a saúde do contribuinte, seu bem-estar e sua integridade, sendo essa a justificativa para a concessão da aposentadoria precoce destes trabalhadores (STF, 2020a; STF, 2020b).

De acordo com Silveira, a aposentadoria especial, com

Seu caráter de proteção social contra riscos ambientais, permitiu diversas modificações a fim de impedir que os trabalhadores sofressem danos irreversíveis à saúde e a integridade física. No entanto, a previdência vem sendo ameaçada por reformas e a aposentadoria especial, especificamente, sofreu uma proposta que foi para aprovação do Congresso Nacional, capaz de descaracterizar sua natureza e isto vem afetando a população, aumentando a ansiedade dos interessados e dividindo opiniões por todo Brasil (2019).

É nítido que esse tipo de exigência para a aposentadoria não parece ser condizente, pois o objetivo é proteger o trabalhador que é exposto a condições de trabalho que prejudiquem a saúde, sendo que o que o

trabalhador possui uma tolerância de exposição nociva. Um exemplo clássico é o justamente dos profissionais da saúde, que começam a trabalhar por volta dos 20 anos de idade e, após 25 anos contribuindo, poderiam se aposentar. Agora com essa exigência de idade mínima, estarão não mais por volta da casa dos 50 anos de idade, mas com 35 anos de contribuição, ou seja, precisarão aguardar até os 55 anos de idade para poder se aposentar. Sendo assim terá que continuar trabalhando em sua função por tempo maior do que o tolerante, o que irá gerar consequências futuras à sua saúde.

### **Conclusão**

O surgimento do sistema de proteção social iniciou-se com a Revolução Industrial e a busca dos trabalhadores por seus direitos, sendo a caridade desenvolvida pela Igreja uma das primeiras formas de assistência pública que se desenvolveu. Como passar do tempo novos meios de assistência foram surgindo, como empresas seguradoras, que não tinham caráter obrigatório de contribuição por parte das empresas e nem dos trabalhadores. O sistema de previdência social que conhecemos hoje começou a tomar essa forma com os modelos de previdência criados por Otto von Bismark e Willian Henry Beveridge.

No Brasil a previdência social esteve prevista em todas as nossas Constituições Federais, algumas traziam maior proteção ao trabalhador e algumas apresentaram retrocessos aos mesmos, mas nunca ficaram desamparados totalmente. Além das Constituições diversos decretos de lei foram criados, com o objetivo de ampliar a proteção social aos brasileiros.

Ao abordarmos a aposentadoria especial precisamos lembrar que a reforma da previdência de 2019 alterou alguns dos requisitos necessários para a concessão do benefício. Após a EC 103/19 passou-se a ser exigido como requisito para obtenção do benefício previdenciário idade mínima e

tempo de contribuição diverso do que o estabelecido pela regra geral. Os segurados ainda terão que comprovar perante o INSS o exercício da atividade laboral nociva a saúde pelo tempo determinado em lei para a sua atividade e, além disso, ter a idade mínima exigida para que consigam a concessão do benefício da aposentadoria especial.

Após a reforma da previdência tornou-se mais difícil à aquisição da aposentadoria especial, uma vez que mesmo tendo alcançado o tempo mínimo do exercício da atividade exigido pela lei, se o segurado não tiver ainda a idade exigida para a concessão do benefício este terá que continuar trabalhando e se expondo aos agentes nocivos.

É de suma importância que os profissionais da saúde sejam assistidos pelo benefício da aposentadoria especial, como podemos observar durante o debate deste tema, e que a aposentadoria não perca a sua principal característica, que é o caráter preventivo, ao retirar do mercado de trabalho, todos os profissionais que diariamente se expõem a agentes nocivos.

Ao final deste artigo, e juntamente com o momento que estamos vivendo, uma pandemia, passamos a compreender ainda mais a importância de todos os profissionais da saúde em nossas vidas. Mas principalmente podemos observar o quão expostos a diversos vírus entre outros agentes nocivos, esses profissionais estão expostos diariamente durante sua jornada de trabalho.

## **Referências**

AGÊNCIA SENADO. Fim da aposentadoria para trabalhadores que correm riscos é criticado na CDH, *Senado notícias*, 20 ago. 2019. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/20/fim-da-aposentadoria-para-trabalhadores-que-correm-riscos-e-criticado-na-cdh>. Acesso em: 28 maio 2020.

AGOSTINHO, Theodoro. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2020.

AZEVEDO, Marcelise de Miranda. A aposentadoria especial na proposta de reforma da previdência e o direito à saúde dos trabalhadores e trabalhadoras. In: RAMOS, Gustavo Teixeira; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; LOGUERCIO, José Eymard; FILHO, Wilson Ramos; GIORGI, Fernanda; MADUREIRA, Leandro; AGUSTINHO, Thiago; LOPES, Antonio Fernando Megale. *O golpe de 2016 e a reforma da previdência: narrativas de resistência*. São Paulo: Clasco, 2017, p. 283-286.

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

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. *Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 2020 e 2021.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm). Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4<sup>a</sup> Região. *Apelação/ Remessa Necessária nº 5003967-51.2017.4.04.7104/ RS*. Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Previdenciário. Contribuinte individual. Atividade especial. Concessão de aposentadoria especial. Necessidade de afastamento da atividade especial/. Art. 57, §8º da lei 8213/1991. Inconstitucionalidade. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social- INSS (réu); Luciane Pierdona (autor). Apelado: Os mesmos. Porto Alegre, 04 de março de 2020.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. *Súmula nº 62*. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>. Acesso em: 29 maio 2020.

CAETANO, Solange Aparecida; CAETANO, André Luiz. A reforma trabalhista e previdenciária e seu impacto nos profissionais de enfermagem. In: RAMOS, Gustavo Teixeira; FILHO, Hugo Cavalcanti Melo; LOGUERCIO, José Eymard; FILHO, Wilson Ramos; GIORGI, Fernanda; AGUSTINHO, Thiago; LOPES, João Gabriel; ERTLE,

Valeir. *O golpe de 2016 e a reforma trabalhista: narrativas de resistência*. São Paulo: Clasco, 2017, p. 350-352.

CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

EDUARDO, Italo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. *Curso de Direito Previdenciário*. 12. ed. São Paulo: Método, 2016.

FURTADO, Luiz Carlos. Aposentadoria Especial e a Reforma da Previdência (EC 103 de 019). **Previdenciariستا**. 27 abr. 2020. Disponível em: <https://previdenciariستا.com/blog/aposentadoria-especial-e-a-reforma-da-previdencia-ec-103-2019/>. Acesso em: 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP. *TRF3 Concede aposentadoria especial a copeira hospitalar*. 18 fev. 2021. Disponível em: <https://www.ibdp.org.br/noticia.php?n=6496>. Acesso em: 17 mar. 2021.

LADENTHIN, Adriane Bramante. C; SCHUSTER, D. H. Reflexões sobre a aposentadoria especial na EC 103/2019. *Revista do Direito do Trabalho*. Vol. 210, 2020, p. 19-36, mar.- abr. 2020.

LEONEL, Filipe. *Pesquisa analisa o impacto da pandemia entre profissionais de saúde*. 22 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-analisa-o-impacto-da-pandemia-entre-profissionais-de-saude>. Acesso em: abr. 2020.

PREVIDENCIARISTA. Blog Previdenciariستا. *Aposentadoria Especial*. 2020. Disponível em: <https://previdenciariستا.com/blog/aposentadoria-especial/>. Acesso em: 28 set. 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SILVEIRA, Rogerio Henrique Alves. A Aposentadoria Especial e a Fixação da Idade Mínima: Análise Dos Aspectos Constitucionais. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, 02 out.

2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/a-aposentadoria-especial-e-a-fixacao-da-idade-minima-analise-dos-aspectos-constitucionais/>. Acesso em: 09 dez. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. *Aposentado especial que volta a trabalhar em atividade nociva à saúde perde direito ao benefício*. 2020a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445154&ori=1>. Acesso em: 20 maio 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. *Tema 709*. jun. 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 out. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - TRF4. *Processo n. 5003967-51.2017.4.04.7104*, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira. Data da decisão: 04/03/2020 00:03 - Data de publicação: 06/03/2020. Disponível em: [www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br). Acesso em: 2021.



## **Família acolhedora, pré-requisito para a adoção <sup>1</sup>**

*Luciana Ribeiro Dambros <sup>2</sup>*  
*Karen Beltrame Becker Fritz <sup>3</sup>*

### **Introdução**

Nos últimos anos, houve uma gradual evolução social, firmando o entendimento, da importância de preservar todos os direitos da Criança e do Adolescente, reconhecendo-os como seres em desenvolvimento e dignos de direitos, amparados na Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990. Com a evolução das relações familiares, conseqüentemente da sociedade, os princípios constitucionais ganharam grande relevância, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Crianças e adolescentes deixaram de ser meros objetos de intervenção estatal para tornarem-se sujeitos de direitos e destinatários da proteção integral e prioritária por parte da família, da sociedade e do Estado. Desse modo, um olhar mais atento, fez-se necessário, no sentido de resguardar direitos e humanizar ações em que o Estado é chamado a intervir no seio familiar, em casos em que crianças e adolescentes tenham seus direitos ameaçados ou violados por situações de abandono ou risco de vida.

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, 2021.

<sup>2</sup> Professora de Educação Infantil e Ensino Fundamental da rede municipal e Estadual de 1989 a 2002. Servidora do Poder Judiciário Estadual, Distribuidora/Contadora Designada da Comarca de Tapera/RS. E-mail: 60428@upf.br

<sup>3</sup> Pós-Doutora em Direito, Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: karenfritz@upf.br. <http://lattes.cnpq.br/3756677940179047>

Diante da necessidade de resguardar os direitos dessas crianças e evitar que sejam institucionalizadas, nasceu o Programa Família Acolhedora, que conforme o ordenamento jurídico propõe, é uma oportunidade para a criança ou adolescente, que foram retiradas da sua família natural e precisam reorganizar sua realidade, construindo novas expectativas e planos futuros. Inseridos em um ambiente familiar de trocas afetivas, confiança e aprendizagem, esses sujeitos têm a efetiva oportunidade para desenvolver-se de forma plena e saudável inseridos no âmbito familiar.

Desse modo, surgiu o Programa Família Acolhedora, de caráter provisório, temporário e estruturado, no qual famílias selecionadas são capacitadas e acompanhadas por equipe técnica e multidisciplinar, qualificada para oferecer todo suporte necessário para a família, bem como para o acolhido, facilitando esse período de convivência tão importante para ambos. Possibilitando a inserção da criança vítima de maus-tratos, em um lar que, mesmo provisório, oportuniza qualidade de vida e supre as necessidades básicas da criança, uma vez que prioriza sua proteção integral e reconstrói vínculos perdidos em sua família de origem.

Conforme o exposto, a situação estaria resolvida, mas na prática, não é assim que ocorre e estamos diante de um grande problema jurídico. O programa que era para ser temporário, estende-se na maioria das vezes, por maior tempo que o previsto e os laços estabelecidos entre acolhedores e acolhidos tornam-se plenos, amparados pelos princípios da do melhor interesse da criança e da afetividade, que se encontra acolhida, amada e respeitada, na família que supriu todas suas necessidades físicas e emocionais.

Outrossim, por falta de amparo legal, precisa ser desfeito, por ser transitório. Nesses casos, na maioria das vezes, a criança ou adolescente, não retorna mais para a família de origem, que, quase sempre, é destituída

do poder familiar, mas, também, não pode permanecer no lar que lhe acolheu, pois, por meio da interpretação objetiva da lei, que em seu texto veda expressamente a adoção pela Família Acolhedora, assim, a criança vai para a fila da adoção, onde precisa novamente recomeçar em outro lar.

O convívio familiar entre acolhidos e acolhedores por meio do caso concreto e de uma possível adequação na previsão legal, baseada no melhor interesse da criança e do adolescente, com o reconhecimento dos laços de afinidade e afetividade, entre ambos, não caracteriza ocorrência de má-fé, visto que os laços são gerados e desenvolvidos pelo mais puro e sublime sentimento, o do amor. Nesse contexto, o presente artigo tem como propósito integrar os programas existentes e oferecer uma pacificação entre a lei e as situações constatadas no meio familiar e jurídico, inserindo o Programa Família Acolhedora como pré-requisito para a Adoção, o que traria muitos benefícios para todos. As famílias teriam oportunidade de conviver com crianças e adolescentes, muitas vezes, de um perfil diferente do escolhido, vivenciando outras possibilidades quanto ao perfil da criança, mas, especialmente, para a criança e/ou adolescente, que teria seu real interesse reconhecido e amparado efetivamente em lei, por meio da consagração do vínculo afetivo estabelecido entre ambos.

### **1. A evolução familiar e a proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente amparados na constituição federal, com ênfase nos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança**

O Direito de Família acompanhou a evolução da sociedade e a estrutura familiar adquiriu um novo conceito, mais amplo e flexível, voltado ao desenvolvimento de seus membros de maneira igualitária e democrática.

Devido às transformações sofridas pela sociedade, a família tornou-se o principal núcleo, garantidor de proteção fundamental à criança e ao adolescente, visando ao seu pleno desenvolvimento físico, intelectual e emocional, assegurando um tratamento adequado à realidade social, considerando principalmente a convivência familiar baseada na afetividade entre seus membros.

A Constituição Federal de 1988, consagrou em seu capítulo dedicado à família, a preocupação com a promoção e tutela da dignidade da pessoa humana e suas relações familiares, gerando um novo horizonte no campo do Direito de Família. Diante disso, operadores do direito têm pautado suas decisões judiciais com base nos princípios constitucionais que visam à proteção integral do ser humano e ao seu pleno desenvolvimento.

Ademais, com a evolução das relações familiares e conseqüentemente da sociedade, houve uma completa reformulação do conceito de família e as mudanças nas relações familiares passaram a ser notórias, com a quebra de paradigmas decorrentes dessa evolução, com o devido amparo legal, conforme assegura o Art. 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente, absoluta prioridade, garantindo o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL,1988).

Nesse contexto, o Direito de Família, adquire uma nova estruturação jurídica e passa a considerar a vinculação socioafetiva como meio de construir-se um núcleo familiar, baseado na construção de laços afetivos e na solidariedade dos seus membros de modo que todos assumem de maneira integral e plena a proteção e os cuidados da criança e do

adolescente, independentemente do vínculo jurídico ou biológico. Ademais, sendo a família a base da sociedade, núcleo do qual o ser humano recebe as primeiras noções de como viver em comunidade merece a total e prioritária proteção do Estado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), ao aplicar as diretrizes constitucionais concretiza todos os atos em prol da proteção integral da criança e do adolescente com absoluta prioridade, cabendo aos genitores e ao Estado a obrigação de zelar e defender esses direitos, dentre eles: à convivência familiar, harmônica e afetiva, sendo delegado aos pais o dever de criar e educar os filhos sem omissão de carinho e afeto, tão importantes para a formação da personalidade do menor.

Conforme o Art. 19 do ECA (1990): “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio da família, e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”. Com a Constituição Federal de 1988, diversos direitos, jamais antes concedidos aos cidadãos, ganharam ênfase e a proteção especial à família passou a servir como instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana, fundada em pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo. Assim, o elemento que distingue a família antiga da atual é a presença de um vínculo afetivo que une seus membros com projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo (DIAS, 2009).

Ademais, como os princípios visam à proteção e interpretação das normas, a seguir, faremos uma breve análise dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Afetividade e do melhor Interesse da Criança, no núcleo familiar.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o mais universal de todos os princípios. “É um macroprincípio do qual irradiam todos os

demais” (DIAS, 2009, p. 61). A dignidade da pessoa humana encontra na família, o solo apropriado para se desenvolver, atendendo a ordem constitucional, com uma dimensão ampla, com uma opção expressa pela pessoa e seu pleno desenvolvimento no seio familiar (BRASIL, 1988).

Conforme Nunes (2018), no atual diploma constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa um lugar de destaque, pois é um supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional, é ela que dá guarida aos direitos individuais, sendo que, após a soberania e a cidadania, aparece no texto constitucional a dignidade como Fundamento da República Brasileira.

Leia-se:

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

- I- a soberania;
- II- a cidadania;
- III- a dignidade da pessoa humana;

Esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional. Conforme o autor, percebe-se que o termo dignidade aponta para, pelo menos dois aspectos análogos, mas distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, de nascer pessoa humana; e outro relativo à vida das pessoas e à possibilidade ao direito que possuem de viver uma vida de forma digna (NUNES, 2018).

Conforme os autores do livro *Curso de Direito Constitucional*, quando falamos de dignidade da pessoa humana consideramos o reconhecimento

do direito que todos devem ter na proteção e no respeito para desenvolver a promoção da dignidade, sem o prejuízo aos deveres fundamentais da pessoa para com o Estado e seus semelhantes (MITIDIERO, MARINONI, SARLET, 2021).

Portanto, no campo dos princípios constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais amplo e relevante, e no direito de família, representa a garantia plena do desenvolvimento físico e psíquico de todos os seus membros, com a finalidade de coibir a violência doméstica e proporcionar o integral desenvolvimento da personalidade dos filhos.

A Constituição Federal de 1988, Constituição cidadã, ampliou o tratamento igualitário e universal a todos os membros da espécie humana, assim crianças e adolescentes passaram a ser tratados como tal e desfrutar de direitos que antes somente eram destinados às pessoas adultas.

Também, com as mudanças sociais, novas estruturas familiares surgiram, e o pluralismo das entidades familiares tem seu reconhecimento pelo Estado amparado no Art. 226, parágrafo 3º e 4º da Constituição Federal, que reconhece a família formada por qualquer um dos pais e seus descendentes e a união estável como entidade familiar. Da mesma forma, o núcleo familiar formado por pessoas sozinhas, solteiras, divorciadas e viúvas, que vivem com sua prole, sem a presença de um parceiro afetivo, também pertencem a esse grupo. Podem ser incluídos ainda os casos de adoção por pessoa solteira e a fertilização assistida, famílias reconstituídas ou recompostas, formadas por filhos de relacionamentos anteriores e que passam a ter novos irmãos, surgindo, assim, “novos arranjos familiares”, a partir do vínculo de afetividade recíproco e que geram envolvimento comprometimento. Portanto, excluir essas famílias da proteção constitucional é ser conivente com a injustiça (DIAS, 2009).

Ao longo do tempo, muitos foram os fatores que contribuíram para a transformação da família patriarcal, como unidade de procriação e

produção para a família dos dias de hoje, estruturada em relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, que não se confunde com o modelo antigo tradicional que, atualmente, não cabe mais na nossa estrutura social (DIAS, 2017).

Dessa forma, a família tornou-se o principal núcleo, garantidor de proteção fundamental à criança e ao adolescente, visando ao seu pleno desenvolvimento físico, intelectual e emocional, com absoluta prioridade das necessidades individuais da criança, com direito a viver e crescer em um ambiente saudável e harmônico.

Conforme Moraes [s.d.], todo o processo de evolução vem sendo acompanhado pela legislação e pela jurisprudência brasileira que tem um papel fundamental na construção desse modelo familiar, chamado por alguns sociólogos de “democrático”.

Conforme o exposto, e não menos importante, temos o Princípio da Afetividade, que com a formação de famílias contemporâneas, fundadas em laços afetivos e afins, antigos conceitos patriarcais familiares, que visavam a laços econômicos, foram modificados. O homem provedor, único responsável pelo sustento familiar e a mulher com a função específica de cuidar da casa e procriar, com a evolução natural do pensamento e das relações familiares, passaram a colaborar mutuamente. A mulher foi conquistando seu espaço, na família e na sociedade e passou a contribuir com o fruto de seu trabalho nas finanças e as tarefas familiares começaram a ser compartilhadas, e o vínculo familiar se constituiu de modo igualitário e solidário, considerando-se que a constituição de uma família começa basicamente pelo afeto (TARTUCE, 2014).

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário de Repercussão Reconhecida, RE 898060/SC, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por maioria e nos termos do voto do



Relator, apreciando o tema 622 da repercussão geral, que fixou tese nos seguintes termos: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”

Com esse julgamento, o Supremo Tribunal Federal pacificou um longo conflito entre paternidade socioafetiva e biológica, superando óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias, com direito à busca pela felicidade e sendo o indivíduo o centro do ordenamento jurídico-político, fixando essa tese para aplicação a casos semelhantes e com reconhecimento à dignidade humana, compreendendo o ser humano como um ser intelectual e moral capacitado para desenvolver-se em liberdade e de acordo com seus objetivos (STF, 2017).

Desse modo, percebe-se que é possível afirmar que a paternidade é, necessariamente, socioafetiva, tendo origem biológica ou não, passando a ser mais que um direito, o afeto tornou-se um dever jurídico, pois os pais têm a obrigação de proteger, educar, cuidar e conviver com a prole, assim também quem convive com filhos alheios assume essas mesmas funções. O fator biológico passou a ser visto como verdade científica e não traduz a gama de sentimentos e relações que realmente formam uma família, o fator que impera agora é a presença do vínculo afetivo (DIAS, 2017).

Também o papel da doutrina e jurisprudência, com grande importância para a consolidação da leitura jurídica em reconhecer as diferentes estruturas familiares, com vínculos de afetividade descolados dos vínculos biológicos.

Conforme o Provimento 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça, é permitido aos cartórios o registro de nascimento, sem necessidade de intervenção judicial, decorrentes de técnicas de reprodução assistida, admitindo o registro do filho em nome de quem vai assumir as funções

parentais. Ademais, o reconhecimento da multiparentalidade, pela qual consta no registro de nascimento o nome de mais de um pai ou de mais de uma mãe, bastando somente o reconhecimento da existência do vínculo de afetividade (CNJ, 2016).

Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi um importante marco em prol da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, que em seus artigos 3º e 4º, traz expressamente que é dever do Estado, da sociedade e principalmente dos pais, garantir a educação o convívio familiar e a proteção integral da criança, assegurando o melhor interesse da criança e do adolescente, baseando-se, fundamentalmente, no princípio da afetividade, pois onde há amor e afeto entre seus integrantes, há menos conflitos nas relações (ECA, 1990).

Também, a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1988 e vigente desde 1990, acolhe o entendimento do desenvolvimento integral do menor, reconhecido como sujeito de direitos, com proteção especial e total prioridade (BRASIL, 1990).

Conforme Maria Berenice Dias

[...] excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente chancelar o enriquecimento injustificado, e ser conivente com a injustiça. (DIAS, 2009, p. 67)

Dentro desse contexto, levando em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, percebe-se que as autoridades envolvidas nos conflitos de Direito de Família têm nas suas decisões, apreciado esse tema, considerando as peculiaridades do caso concreto, de acordo com a realidade apresentada, analisando com cautela e cuidado, dando a devida preponderância aos laços de afetividade, oportunizando à criança e/ou

adolescente uma convivência familiar baseada em laços de afeto e amor, capaz de garantir-lhes seu pleno desenvolvimento de acordo com o princípio do melhor interesse da criança.

Diante do exposto, a mudança ocorre quando a doutrina vai substituindo o conservadorismo de decisões baseadas puramente no direito material e observam ao aplicá-las, de acordo com o caso concreto e suas peculiaridades, efetivando o melhor interesse da criança e do adolescente.

Ante o exposto, percorrido um sinuoso terreno dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, dentre os quais, os princípios constitucionais descritos e amparados pela Constituição Federal, pela convivência familiar no seu Art. 227 e, posteriormente, com o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90), houve um grande avanço e um amplo caminho de possibilidades a ser trilhado, com uma evolução progressiva e constante. É o que passaremos a analisar nas linhas que seguem.

## **2. Família acolhedora e a lei de adoção no atual ordenamento jurídico e seus reflexos na prática para as crianças em situação de vulnerabilidade**

Atualmente, o acolhimento familiar tem expressa preferência ao acolhimento institucional, sendo uma medida emergencial, provisória e excepcional, utilizada como forma de transição para crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade. Disciplinado, também, no art. 34 do Estatuto da Criança e do Adolescente e de acordo com o preconizado na Lei 15.210, de 25 de julho de 2018, que institui o Programa de Guarda Temporária de Crianças e Adolescentes – Família Acolhedora e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) Lei Federal nº 8.069/1990 que disciplina em seu texto, os direitos da criança e adolescente como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e merecedores de prioridade e cuidados especiais, sendo dever da família, da comunidade,

da sociedade em geral e do Poder Público assegurar a efetivação de seus direitos (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Dessa maneira, com o intuito de acolher e proteger essas crianças em situação de vulnerabilidade, surge o Projeto Família Acolhedora, uma modalidade de acolhimento familiar, prevista no artigo 101, inciso VIII do Estatuto da Criança e do Adolescente. Torna-se necessária a utilização desse meio, sempre que direitos fundamentais de crianças e adolescentes forem ameaçados ou violados em sua família de origem, como vítimas de violência, situação de abandono ou de risco de vida, podendo, então, serem aplicadas as medidas de proteção, e o acolhimento familiar é uma alternativa recomendada, como se pode verificar em: “Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: VIII- inclusão em programa de acolhimento familiar” (ECA, 2019).

A Lei Estadual Nº 15.210/2018 regulamentou o programa de Guarda Temporária de Crianças e Adolescentes em Família Acolhedora no Rio Grande do Sul que no seu Artigo 1º diz:

Art.1º: Fica instituído, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, o programa de Guarda Temporária de Crianças e Adolescentes, denominados família Acolhedora, atendendo ao que dispõe o inciso VIII do art. 260 da Constituição do Estado. Parágrafo único: O Programa contempla a colocação de crianças e adolescentes em situação de risco em famílias sem ou com vínculo de parentesco (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Da mesma forma, o Projeto Família Acolhedora tem como objetivo:

Proporcionar à criança ou adolescente o acolhimento excepcional e provisório em família acolhedora, garantindo integralmente às suas necessidades básicas, bem como o direito à convivência familiar e comunitária, assegurando primordialmente seu melhor interesse (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Outrossim, as Famílias Acolhedoras colaboram com a política de acolhimento da criança e do adolescente, inserindo-os no ambiente familiar, proporcionando qualidade de vida, respeitando e suprimindo as necessidades afetivas e individuais, com sua proteção integral, reconstruindo os vínculos fragilizados com a família de origem e prevenindo a institucionalização do menor (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Portanto, embora a medida de acolhimento deva ser tratada como última e excepcional hipótese, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que os municípios começaram a preocupar-se no sentido de investir em políticas públicas voltadas a garantir a proteção dos direitos das crianças e adolescentes e de maneira especial, respeitando seus vínculos afetivos. Nesse sentido, o projeto é contemplado na Política Nacional da Assistência Social e da Secretaria da Assistência Social Municipal sendo responsável pela execução do projeto, disponibilizando recursos humanos para a formação da equipe técnica. As parcerias firmadas entre Municípios, Secretarias de Assistência Social Municipais e Poder Judiciário propiciam a oportunidade de a criança e o adolescente, em situação de vulnerabilidade, participar de um ambiente familiar, recebendo assistência educacional, moral e afetiva e garantindo seu bem-estar integral, no seio da família acolhedora (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Conforme o Projeto Família Acolhedora, as famílias devem observar alguns critérios para fazer a inscrição no cadastro que são: ter disponibilidade e oferecer atenção, proteção e afeto ao acolhido; serem maiores de 18 anos; dispor de um parecer psicossocial favorável da equipe técnica do programa; não estar habilitado no Cadastro Nacional de Adoção (CNA); participar dos processos de capacitação e acompanhamento do programa. Cumpridos esses critérios, é oferecido subsídio financeiro, equivalente a 1 salário mínimo, por criança ou adolescente acolhido,

mensalmente, a fim de contribuir com o pagamento das despesas relativas à alimentação, vestuário, higiene pessoal, material escolar e outras que sejam essenciais para o bem-estar físico, mental e social, contribuindo para a qualidade de vida do acolhido (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Importante considerar também, que no caso de irmãos, terão preferência em ficar na mesma família, conforme disciplina o Art. 10, parágrafo 2º da Lei Estadual nº 15.210/2018 sob essa ótica, transcreve-se um trecho de uma matéria publicada no ano de 2014 pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), quanto ao crescimento do Programa de Acolhimento Familiar no Brasil:

[...] O acolhimento familiar de crianças e adolescentes vem crescendo gradualmente no Brasil. De acordo com o Ministério de Desenvolvimento Social, há três anos, eram somente 932 crianças. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabiliza a existência de 46 mil crianças abrigadas em internatos ou orfanatos. Para mudar esta realidade, foi instituída em 3 de agosto de 2009, a Lei 12.010 (Lei da Adoção) no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A procuradora de justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), Kátia Regina Maciel, presidente da Comissão da Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), explica que o programa de acolhimento familiar ou “famílias acolhedoras” iniciou-se em nosso país no final da década de 40, sendo mais difundido nas regiões sul e sudeste. Kátia Regina Maciel esclarece que, com base na Constituição Federal de 1988 (art. 227, § 3º, inciso VI), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 34 c/c §2º do art. 26o) e na Lei Orgânica da Assistência Social, firmou-se nova mentalidade e estrutura legislativa para a inclusão do acolhimento familiar como uma política pública nacional de assistência à família, exatamente porque a política assistencial de institucionalização de crianças e adolescentes voltou-se contra os próprios sujeitos da proteção, ou seja, a criança e o adolescente acolhidos em entidades. Com a promulgação da Lei nº 12.010/2009, a “guarda subsidiada ou por incentivo” ou “família acolhedora”, sob a denominação de acolhimento familiar, passou a ter natureza jurídica expressa de medida protetiva, absolutamente provisória e

excepcional, utilizável como forma de transição para a reintegração familiar, ou, não sendo esta possível, para a colocação em família substituta (art. 101, VIII, §1º). O acolhimento pode ocorrer por no máximo dois anos e se caso o risco à criança persistir, ela pode ser direcionada à adoção por uma família substituta e definitiva, que esteja na lista de espera. Cada família abriga um jovem por vez, exceto quando se trata de irmãos (IBDFAM, 2014).

Para a implementação do projeto de acolhimento familiar, são necessárias algumas etapas, que serão relatadas simplificadaamente.

O Magistrado do Juizado da Infância e Juventude encaminha uma Carta de Apresentação ao gestor municipal responsável pela Assistência Social Municipal para que, havendo o interesse na implementação do programa, o município encaminha a minuta do Projeto de Lei à Câmara de Vereadores, para apreciação e deliberação. Sendo aprovado tal documento, os recursos financeiros devem ser previstos no orçamento do município por repasses ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente e, posteriormente, destinados à família acolhedora para custeio das despesas com o menor acolhido (TJRS, 2019).

As famílias selecionadas participam de uma preparação pela equipe técnica para ingressar no programa, com a respectiva aprovação, assinam o Termo de Adesão, cabendo ao Juizado da Infância e Juventude verificar os processos e proceder a devida autorização para o encaminhamento da criança à Família Acolhedora.

Após todas as etapas do programa, considerando a aprovação da documentação das famílias inscritas, as consideradas aptas, podem acolher, temporariamente, criança(s) ou adolescente(s) em sua residência, conforme determinação judicial. A equipe técnica e o Conselho Tutelar acompanham todo o processo de acolhimento em todas as etapas, remetendo relatórios e avaliações semestrais ao juízo competente e ao Ministério Público (TJRS, 2019).

A medida de acolhimento institucional e o acolhimento familiar é medida provisória e excepcional, utilizada de forma transitória para reintegração familiar, não sendo possível a colocação em família substituta (ECA, art.101, parágrafo 1º), conforme a Lei Estadual 15.210/2018 em seu artigo 10:

O período em que a criança ou adolescente permanecer na família acolhedora será o mínimo necessário para seu retorno à família de origem, ou encaminhamento à família substituta. Parágrafo único: O tempo de permanência da criança ou do adolescente na Família Acolhedora não deverá ultrapassar 2 (dois) anos, salvo situações excepcionais a critério da autoridade Judiciária (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Diante do exposto, em muitos casos, a criança ou adolescente permanece em acolhimento por tempo superior ao permitido em lei, sendo, reiteradamente, prorrogados os prazos pelo juízo competente, o que acaba firmando vínculos de afeto com a família que lhe acolheu, neste caso, discute-se a viabilidade da adoção quando há interesse demonstrado pela família acolhedora em adotar e quando essa medida se apresenta como sendo a mais benéfica ao acolhido, embora não seja a regra, e, sim, a exceção. Isso ocorre porque, na previsão legal estadual, consta expressamente que é proibida a adoção pelas Famílias Acolhedoras cadastradas no projeto (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Ademais, o programa tem caráter provisório e visa à reintegração à família de origem, com a preservação dos vínculos familiares, não desmembramentos de grupos de irmãos e com desenvolvimento de atividades que envolvam sua participação na família acolhedora e na comunidade inserida, para que os problemas existentes sejam discutidos e solucionados, possibilitando o retorno da criança ao lar de origem e assegurando ao máximo seu bem-estar. São concedidas a guarda



provisória e a responsabilidade pela criança acolhida, tendo para com ela todos os deveres de guardião (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Todavia, atenta-se que, em muitos casos, não ocorre essa possibilidade, de retorno à família biológica, sendo que, por falta de políticas públicas para reestruturação familiar, ou por causas diversas, crianças/adolescentes acolhidos permanecem nos lares familiares por tempo superior ao estabelecido em lei e o vínculo de afetividade entre ambos vai se aprofundando e sendo consolidado.

Diante do exposto, a família acolhedora que cuidou, protegeu, amparou mostra interesse em permanecer com a criança que, na maioria dos casos, não será adotada por outra família, pela idade superior à desejada pelos adotantes, por ter alguma comorbidade ou, simplesmente, por não atender aos padrões exigidos pelos casais inscritos no Cadastro Nacional de Adoção. Por outro viés, a legalização da adoção por meio da Família Acolhedora seria burlar a fila da adoção, conforme Art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ocorre que, diante do caso concreto e específico de muitas crianças e adolescentes buscam na família acolhedora, uma nova oportunidade de serem aceitas e amadas, reconstruindo seus laços afetivos e restaurando os vínculos perdidos, suprimindo suas necessidades básicas, também de amor e de afeto. Verifica-se, por meio de decisões judiciais que consideram os princípios constitucionais, amparados no melhor interesse da criança e do adolescente e que possibilitam a família acolhedora adotar não são majoritárias, e sim, exceções entre os julgadores. Precisamos de um avanço nessa questão, onde o vínculo afetivo, merece ser reconhecido, com a observação da realidade apresentada através do caso concreto, conforme os direitos fundamentais amparados na Constituição Federal relativos ao menor, na qual, a adoção visa promover os interesses do adotando e não do adotante (BRASIL, 1988).

Desde a Lei 12.010/2009, a adoção de criança e adolescente no Brasil é regida totalmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que sofreu algumas alterações conforme a Lei nº 13.509/ de 22 de novembro de 2017, acerca do que se apresenta a seguir, um breve relato.

A adoção é um ato jurídico solene e bilateral, que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas, possibilitando entre adotante e adotado um laço de parentesco de 1º grau em linha reta, estendendo-se para toda família do adotante. É um ato complexo. Conforme Cristiano Chaves de Farias, a adoção é o mais completo meio para a criança recriar vínculos afetivos e, ao mesmo tempo, é um gesto de amor e solidariedade, um movimento que vai de encontro ao outro. É uma oportunidade de inserção da criança no seio familiar, com uma integração efetiva e plena, assegurando sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento de forma integral, pelo aspecto psíquico, educacional e afetivo (FARIAS, 2019).

De acordo com o novo regramento toda e qualquer adoção, exige a participação estatal, por meio de uma decisão judicial constitutiva, que proferida em procedimento que tramitará na Vara da Infância e Juventude ou na Vara de Família, com a intervenção do Ministério Público (FARIAS, 2019).

A adoção atribui condição de filho ao adotado, tendo este os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-se de qualquer vínculo com a família natural. Atualmente, a adoção tem uma função social e pessoal, além de oferecer um lar para as crianças que não possuem, proporcionando-lhes afetividade, cuidado, educação, carinho e proteção, esse instituto é o exercício da paternidade consciente, pois é pensada e desejada, o que nem sempre ocorre na paternidade biológica e deixa de ser “mera possibilidade de dar um filho a quem não teve pelo mecanismo biológico” (ROSA, 2020).

A adoção inicia mediante o procedimento de habilitação de adoção, realizado perante ao Juizado da Infância e Juventude da comarca onde residem os postulantes domiciliados no Brasil conforme o artigo 197 A do ECA. O juízo dará vistas dos autos no prazo de 48h ao Ministério Público que apresentará quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar o estudo técnico, sendo o prazo máximo de 120 dias, podendo ser prorrogado por igual período, mediante decisão fundamentada pela autoridade judiciária, nos termos do art. 197-F do ECA.

Conforme nosso ordenamento jurídico, durante a habilitação, sempre que possível, a preparação dos interessados prevê o contato com as crianças em acolhimento na condição de serem adotados. Com o deferimento do magistrado da habilitação, de acordo com o artigo 197-E do ECA, o(s) postulante(s) será inscrito no Cadastro Nacional de Adoção (art. 50 ECA). A convocação para a adoção será feita conforme ordem cronológica de habilitação e de acordo com a disponibilidade de crianças e adolescentes adotáveis.

Concretizada a entrega dos destituídos do poder familiar será incluída a criança no Cadastro Nacional de Adoção (art. 50 ECA) e o casal pretendente à adoção propõe liminarmente ação de guarda da criança que pretende adotar (art. 33 parág. 1º do ECA), prestando, assim, toda a assistência material, educacional e moral ao adotando.

O Magistrado determinará o tempo de estágio de convivência na nova família, prazo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso, que pode ser prorrogado (art. 46 e 46, parág. 2º-A ECA). Será acompanhado pela equipe interprofissional, com apoio técnico de especialistas na área.

O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, inscrita no Registro Civil, mediante mandado que conferirá ao adotado o nome do

adotante (art. 47, parág. 5<sup>a</sup> ECA) e produz efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva.

Conforme o exposto, observa-se uma burocracia excessiva que começa com o cadastro dos interessados na adoção, com inúmeros empecilhos e os longos anos de espera o que, muitas vezes faz com que os adotantes desistam e tentem burlar a adoção legal e partam para a adoção direta (intuitu personae), que decorre da falência dos mecanismos legais em realizar o sonho de querer ter filhos (DIAS, 2017).

Dessa forma, a lei que deveria facilitar e promover a adoção devido a tantos entraves para sua concessão, com a burocracia e a morosidade do cadastro, acaba que crianças e adolescentes crescem nos abrigos, atrás dos muros, escondidas entre listas e relatórios, invisíveis aos olhos da sociedade, chegam bebês e saem adultos, muitas vezes, sem qualquer preparo para viver fora do abrigo.

Conforme Maria Berenice Dias, além de, praticamente, inviabilizar a adoção a lei continua priorizando o interesse dos adotantes, porque a procura no cadastro é por filhos, ao invés de pais para crianças que estão aptas para à adoção, que crescem longe de todos os olhares e durante a eternidade tornam-se inadotáveis (DIAS, 2017).

Diante de inúmeros procedimentos, esquecem o necessário, cumprir o comando constitucional que assegura, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar que toda criança e adolescente tem previsto em lei.

### **3. Família acolhedora: um programa estruturado que pode ser aproveitado como pré- requisito para agilizar e dar efetividade à lei de adoção**

Conforme o exposto anteriormente, o convívio familiar entre acolhidos e acolhedores por meio do caso concreto e de uma possível adequação na previsão legal, baseada no melhor interesse da criança e do adolescente, com o reconhecimento dos laços de afinidade e afetividade, entre ambos, não são ocorrência de má-fé, conforme preceitua o Art. 50,

do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), parágrafo 13, inciso III, mas, sim, gerados e desenvolvidos pelo mais puro e sublime sentimento, o do amor. A convivência habitual é grande colaboradora para o nascimento de relações próximas e, conseqüentemente, na maioria das vezes, é a responsável pelo afeto que nasce, construindo o amor, internalizando o carinho, o respeito e a afeição.

Nesse contexto, o programa poderia ser sim, pré-requisito para a Adoção, o que traria muitos benefícios para todos, mas especialmente para a criança e/ou adolescente, que teriam seu real interesse reconhecido e amparado efetivamente em lei. Recentemente, o Instituto Brasileiro de Direito de Família reconheceu a possibilidade da adoção pela Família Acolhedora, através do Enunciado 36: “As famílias acolhedoras e os padrinhos afetivos têm preferência para a adoção quando reconhecida a constituição de vínculo de socioafetividade”.

No Enunciado supracitado, fica estabelecido um importante marco jurídico de transformação nas decisões futuras, sendo que, muitas vezes, em detrimento ao acolhido, o julgamento é embasado no olhar material da lei, desconsiderando a situação vivenciada pelos agentes envolvidos, frustrando toda e qualquer expectativa de amparo legal por uma família já estabelecida por seus vínculos constituídos.

Conforme Maria Berenice Dias menciona, a ruptura do convívio é ainda mais dolorosa em se tratando de crianças, pois sofrerá mais uma rejeição, diante de já terem vivenciado a perda dos pais, rejeitadas pelos parentes, no insucesso das tentativas de inserção na família extensa e, também, por terem sido retiradas de instituições de abrigo, onde não raro estabeleceram vínculos afetivos com os cuidadores e com outras crianças. Desse modo, oportunizar a uma criança uma família com um prazo de validade estipulado, e depois, tirá-la e colocá-la em outra família desconhecida é uma dor que ninguém merece sofrer (DIAS, 2017).

Outrossim, o Art. 34, parág. 3º do ECA, veda expressamente, que no Programa de Acolhimento Familiar, os casais estejam inscritos no Cadastro Nacional de Adoção, por receio de prejuízo a esse programa, já que poderia ocorrer um burlamento da fila de adoção e um suposto favorecimento.

Desse modo, no Cadastro Nacional de Adoção, listas e mais listas existem, são catalogados, fichados e cadastrados todos os envolvidos, porém, as adoções não acontecem de forma ágil e a burocracia impera, em detrimento da necessidade de cumprir o princípio constitucional que deve assegurar, com absoluta prioridade, o direito da criança e do adolescente ao convívio familiar.

Assim, mesmo com toda mudança de paradigma que o ECA proporcionou, transformando crianças e adolescentes em sujeitos de direitos, os problemas persistem e a Lei da Adoção (Lei 12.010/2009), na forma atual, viola o princípio do melhor interesse da criança, pois, ao invés de procurar pais para quem está disponível para a adoção, a procura é por filhos nos cadastros de adoção (ECA 50, parág. 3º), tornando o processo desgastante e moroso e as crianças crescem, sem o direito de ter um lar, na fase mais importante de sua vida, a infância (DIAS, 2017).

Diante de situações vivenciadas diariamente pelos tribunais do país e o entrave burocrático estabelecido, há julgados que consideram o vínculo afetivo, o que deveria ser regra e não exceção, diante da atual mudança legislativa com base na doutrina atual e a interpretação objetiva da lei para o caso concreto, como veremos nas decisões a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - RELAÇÕES DE PARENTESCO - RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST

MORTEM - Comprovação dos elementos que configuram a posse do estado de filhos (tractatus, reputatio e nomen) - Inconformismo trazido pela Procuradoria Geral do Município que não merece respaldo - Interesse

exclusivamente patrimonial que não se sobrepõe ao princípio constitucional da afetividade – Manutenção da r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos – Recurso não provido.

(TJSP; 2021) (Apelação Cível 1104197-19.2019.8.26.0100; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 11ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 30/04/2021; Data de Registro: 30/04/2021)

Destituição do poder familiar e adoção. Sentença que julgou improcedente o pedido inicial. Criança que se encontra sob a guarda da requerente desde seu nascimento. Vínculos consolidados. Genitora que nesse longo período nunca tomou providência efetiva para reassumir a guarda e criação do filho. Genitor que renunciou ao poder familiar em audiência. Prova pericial denotadora de inequívoco vínculo socioafetivo estabelecido com a guardiã. Situação excepcionalíssima que autoriza a adoção. Aplicação do postulado normativo do superior interesse do menor e dos metaprincípios da proteção integral e da prioridade absoluta. Sentença reformada. Recurso provido.

(TJSP; Apelação Cível 1051546-81.2017.8.26.0002; Relator (a): Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional II - Santo Amaro - Vara da Infância e da Juventude; Data do Julgamento: 02/03/2021; Data de Registro: 02/03/2021)

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM ADOÇÃO. PROVA DOS AUTOS QUE CONFIRMOU QUE OS GENITORES NÃO REÚNEM CONDIÇÕES DE EXERCER ADEQUADAMENTE OS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR, AO PERMITIR QUE TERCEIROS DESEMPENASSEM O PAPEL QUE LHES CABIA NO EXERCÍCIO PARENTAL. HIPÓTESE QUE PERMITE A APLICAÇÃO DA MEDIDA EXCEPCIONAL, PORQUANTO A CRIANÇA JÁ SE ENCONTRA NA GUARDA DOS APELADOS DESDE OS SETE MESES DE IDADE, CONTANDO, HOJE, COM 11 ANOS DE IDADE. LAUDOS SOCIAL E PSICOLÓGICO QUE ATESTAM O VÍNCULO AFETIVO CONSTRUÍDO E QUE TODAS AS NECESSIDADES DA MENINA VÊM SENDO SUPRIDAS, DE FORMA ADEQUADA, PELOS GUARDIÕES. MANUTENÇÃO DA

SENTENÇA QUE DESTITUIU OS GENITORES DO PODER FAMILIAR E DEFERIU AOS AUTORES/RECORRIDOS ADOÇÃO DA INFANTE. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

No atual contexto, levando em conta o melhor interesse da criança e do adolescente, do princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana, absolutamente nada justifica que famílias cadastradas no programa família acolhedora não sejam aproveitadas para ser pré-requisito para adoção, bem como as famílias cadastradas à adoção não possam também participar como famílias acolhedoras. Nesse caso, o tempo de abrigo, pode ser aproveitado como estágio obrigatório na adoção. E, como já foram reconhecidas com a possibilidade de serem pais, quem sabe, acabam adotando a criança que acolheram, ainda que não seja o perfil do filho que haviam eleito (DIAS, 2017).

Ademais, por falta de vontade política em criar mecanismos e estruturas eficientes na agilização do processo de adoção, crianças são, provisoriamente, abrigadas em famílias, formando vínculos afetivos e relações de afeto. Conforme Maria Berenice Dias, há urgente necessidade de intervenção do Estado dando prioridade a elas, e de coragem por parte de juízes e promotores para agir e tutelar essas crianças, norteados pelos princípios constitucionais que assegurem à convivência familiar, reduzindo o tempo de espera por um filho e o tempo de espera por uma família, de modo que abrigos sejam simples casas de passagens e não depósitos permanentes de crianças (DIAS, 2017).

### **Considerações finais**

A promulgação da Constituição Federal de 1988, guardiã da democracia, nos princípios constitucionais elencados no presente trabalho, dá a base para a defesa dos direitos fundamentais da criança e do adolescente quando há necessidade da intervenção do poder do Estado.



Direitos, amparados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e da doutrina atual que traz julgados recentes, reforçando a necessidade de proteção integral de nossas crianças e adolescentes, propiciando assim, seu completo desenvolvimento, de forma integral em um núcleo familiar harmonioso, para que cresçam felizes, amadas e respeitadas, como pessoas dignas e merecedoras de afeto, carinho e atenção.

Os princípios norteadores da sociedade livre e justa reforçam essa necessidade de acolher, cuidar e garantir a dignidade na busca da felicidade. Após essa pesquisa, concluímos que há possibilidade, sim, de pacificar o entendimento, de tornar ágil e efetiva de como o Programa Família Acolhedora e o Cadastro Nacional de Adoção refletem na vida de crianças e adolescentes vulneráveis, principalmente, quando sofrem violação de seu direito mais importante de crescer feliz junto de uma família. Destacamos, que por meio da legislação vigente, do Programa Família Acolhedora e do Cadastro Nacional de Adoção podem ser integrados, completando-se.

Dessa forma, propomos que, inscritos no Cadastro Nacional de Adoção poderiam participar do programa de acolhimento familiar e por meio dessa experiência, podem vir a mudar o perfil quanto às características da criança a ser adotada, pois possibilitaria dessa forma abrigar, temporariamente, mais crianças, de diferentes idades e perfis, e, no caso de uma possível adoção, o abrigo temporário já contaria como estágio de convivência inicial. Quanto à Família Acolhedora, no caso de constituição de vínculo de afetividade entre a família e o acolhido, com base no recente Enunciado 36 do IBDFAM, priorizando de forma efetiva o melhor interesse da criança ou adolescente, seria um pré-requisito para adoção, onde finalmente, o afeto teria a tutela amparada pela lei.

## Referências

- BRASIL, Lei 13509 de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).
- BRASIL, Lei nº 8.069, de 13.07.1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Vade Mecum Saraiva/ ed. atual e amp. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: [https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/camara/estatuto\\_crianca\\_adolesc\\_ente\\_ged.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/camara/estatuto_crianca_adolesc_ente_ged.pdf). Acesso em: 16 nov. 2020.
- BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 09 set. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Edição administrativa do texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n. 1/1992 a 52/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6/1994. 448p.
- BRASIL. Vade Mecum Saraiva. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Estatuto da Criança e do Adolescente. p. 950-979.
- CNJ – Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento nº 52*, de 14 de março de 2016. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento5214032016\\_19032018105533.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento5214032016_19032018105533.pdf). Acesso em: 02 jul. 2020.
- DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=maria+berenice+dias+manual+de+direito+das+fam%C3%ADlias+5%C2%AA+edi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 22 maio 2021.

ECA. Estatuto da Criança e Adolescente. Lei 8069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/crianca-e-adolescente/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-versao-2019.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSEVALD, Nelson. Curso de Direito Civil Famílias, 11. ed., rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2019.

IBDFAM. *Acolhimento familiar de crianças e adolescentes em situação de risco cresce no Brasil*. 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/5303/Acolhimento+familiar+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+em+situa%C3%A7%C3%A3o+de+risco+social+cresce+no+Brasil#:~:text=Not%C3%ADcias-Acolhimento%20familiar%20de%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes%20em,risco%20social%20cresce%20no%20Brasil&text=De%20acordo%20com%20o%20Minist%C3%A7%C3%A3o,abrigadas%20em%20internatos%20ou%20orfatos>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Guilherme Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

MORAES. Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/31.pdf>. [s.d.]. Acesso em: 8 nov. 2020.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553604494/pageid/72>. Acesso em: 08 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL, Assembleia Legislativa. Lei nº 15.210, de 25 de julho de 2018. Institui o Programa de Guarda Temporária de Crianças e Adolescentes – Família Acolhedora. Diário Oficial do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, RS, 25 de julho de 2018. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2015.210.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 18 jun. 2021.

ROSA, Conrado Paulinho da. *Direito de Família Contemporâneo*, 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2020.

STF - Supremo Tribunal Federal. RE 898060/SC. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>. Acesso em: 20 maio 2021.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo. 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=1104197-19.2019.8.26.0100&nuRegistro=>. Acesso em: 05 jun. 2021.

TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Poder Judiciário, Tribunal de Justiça, Juizado da Infância e da Juventude. Porto Alegre, julho de 2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/cij/projetos/projeto-acolher/>. Acesso em: 04 jun. 2021.

TJRS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Projeto Acolher. O direito à identidade familiar como direito fundamental de crianças e de adolescentes na constituição federal brasileira de 1988. *Revista de Direito da Infância e da Juventude*. v. 4, p. 135-163, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc500000175a8f30b6df5aa52ae&docguid=Ifec1ed7081011e4bfd3010000000000&hitguid=Ifec1ed7081011e4bfd3010000000000&spos=2&epos=2&td=2329&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 14 jun. 2020.

## **Participação do Brasil na ONU: contribuição com as missões de paz**

*Luiz Felipe Souza Vizzoto <sup>1</sup>  
Andrei Luiz Lodéa <sup>2</sup>*

### **Introdução**

Nos últimos anos, muito fala-se dos direitos do homem e em formas de manter a paz no mundo. Pensando nisso, a ONU e seus países participantes investem cada vez mais em missões de paz, seja em países de guerra, ou em países afetados por forças da natureza, porém, o bem comum mundial vem à tona, e pode ser exercido através de projetos elaborados por uma organização com créditos mundiais. O projeto visa dar uma maior ênfase quanto a importância das missões de paz, deixando os leitores mais conscientes do papel do Brasil dentro da Organização das Nações Unidas.

O artigo proporciona uma pesquisa atual, pois cada vez mais se fala em maneiras de ajudar o mundo a alcançar a paz, a diplomacia entre nações, e desta maneira, através de dados científicos, podemos embasar a participação de nosso país neste objetivo. A participação do Brasil, já apresenta números que agradam, pois, ao todo, o Brasil já participou de cerca de 50 missões de paz em parceria com a ONU, e já contabiliza um total de cerca de 50 mil militares envolvidos nessas missões.

Atualmente, o Brasil participa de uma missão de paz, no Líbano, onde está com um navio e uma aeronave orgânica na costa deste país, que

---

<sup>1</sup> Acadêmico da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo. 174649@upf.br

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Filosofia; Professor do IFCH – UPF. lodea@upf.br.

visam proibir a entrada de armas ilegais e contrabandos, além de treinar a marinha Libanesa.

O projeto trata em um primeiro momento, da relação entre Brasil e a Organização das Nações Unidas, onde desde a década de 50, ocorre uma ligação direta. Na segunda parte, trata de como as relações do Brasil foram ampliadas no início dos anos 2000, com o governo de Lula.

## **1 Relação histórica entre Brasil e ONU**

O Brasil possui influente papel na ONU, pois, com o passar dos anos, se solidifica cada vez mais a ideia de participação mundial pela paz, e o Brasil, por ser um dos países pioneiros e de maior influência na causa, exerce importante papel, como cita Ricardo Seitenfus, o Brasil possui papel influente desde a década de 20: “Apesar de ter deixado a Liga das Nações em 1926, o Brasil participou ativamente, na primeira metade da década de 1930, dos esforços de mediação feitos pela SDN e pelo Pacto ABC no conflito que opôs Colômbia e Peru na região do trapézio de Leticia” (2006, p. 2). Se formos comparar o Brasil, com países europeus, podemos ter noção da dimensão do envolvimento de nosso país com a causa, mesmo que pouco seja divulgado na grande mídia. A Europa conta com cerca de 50 países (todos eles com um PIB mais elevado que o do Brasil e que os países da América Latina), claro que muito disso, deve-se a colonização tardia da América do Sul, visto que o “descobrimento” de toda sua extensão, falando em dimensões históricas é algo recente, e a Europa, por ser o berço da industrialização mundial, desenvolveu-se mais rápido e concentrou mais renda para si, graças a política mercantilista e de exploração. Um outro empecilho que atrapalha o Brasil, é a sua recente democratização, uma democracia de certa forma até contestada, porém, muito jovem, e ainda em desenvolvimento. O Brasil, em 2005, ocupava a 14<sup>a</sup> posição no ranking de países que mais colaboram com a ONU, ou seja,

à frente de cerca de 30 países europeus, países que possuem um mercado mais rico, e mesmo assim, envolvem-se menos em questões humanitárias que o Brasil. Como cita o site do Palácio do Itamaraty (Sede do Ministério das Relações Exteriores):

Para um membro fundador das Nações Unidas, historicamente

comprometido com a solução pacífica de controvérsias, participar de operações de manutenção de paz é uma consequência natural de suas responsabilidades internacionais. Conforme o artigo 4º da Constituição Federal, dentre os princípios que regem as relações internacionais do Brasil estão a defesa da paz, a solução pacífica de conflitos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. O Brasil já participou de mais de 50 operações de paz e missões similares, tendo contribuído com mais de 50 mil militares, policiais e civis. (PALÁCIO DO ITAMARATY, 2010)

Ajudar a causas estrangeiras, e de forma pacífica, é algo que está previsto na lei máxima Brasileira, na Constituição Federal de 1988, da seguinte maneira:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. (BRASIL, 1988)

Conforme o site da própria ONU, o Brasil atua permanentemente da seguinte forma “O Brasil participa dos processos de tomada de decisão e do trabalho das Nações Unidas principalmente por meio de quatro representações permanentes — nas cidades de Nova York (Estados Unidos), Genebra (Suíça), Roma (Itália) e Paris (França).” Ou seja, o “eurocentrismo” vem à tona quando se trata de assuntos que regem a níveis mundiais, e por exceção, aparece o Estados Unidos, que hoje, é a maior potência mundial, e conforme concluem estudiosos, possuem a moeda que controla todas as outras moedas do mundo, o Dólar.

Atualmente, conforme documentos oficiais publicados pelo Palácio do Itamaraty, o Brasil participa com cerca de 1300 efetivos em oito operações de paz:

MINURSO (Saara Ocidental); MINUSCA (República Centro-Africana); MINUSTAH (Haiti) UNFICYP (Chipre); UNIFIL (Líbano); MONUSCO (República Democrática do Congo); UNISFA (Abyei, Sudão); UNMISS (Sudão do Sul). Isso, além de tudo, demonstra um mapa que deve ser debatido com urgência por autoridades mundiais, visto que as ações de paz estão atuando basicamente em países da África e parcialmente ao sul da Europa (caso do Chipre), e isso alerta, regiões que necessitam de ajuda, e que de forma inteligente de gastos e com uma solidariedade mundial, a situação pode ser amenizada em curto prazo. Vale ressaltar também, que atualmente o Brasil é o maior contribuinte de tropas para a missão da ONU que visa a estabilização do Haiti. Conforme cita a ONU:

Após o terremoto, que atingiu o país em janeiro de 2010, passou a manter contingente maior, formado por cerca de 2.200 soldados e oficiais. Desde o início da participação brasileira até hoje, mais de 13 mil militares brasileiros serviram no Haiti. Desde 2004, o comando militar de todas as tropas que compõem a MINUSTAH, provenientes de 19 países, é exercido por generais



brasileiros. Em agosto de 2016, havia 1.303 brasileiros na MINUSTAH. (ONU, 2011)

Os governantes do Brasil muito se orgulham da participação efetiva do Brasil em missões de paz, sempre atuando dentro dos limites constitucionais da política externa, e usando soluções diplomáticas para a resolução de conflitos, ao contrário de países, que partem em primeira instância, para o uso da força excessiva (o que acaba culminando em algumas vezes, com inocentes mortos, famílias destruídas, países devastados e o item principal, que é a paz, ficando em segundo plano).

A ONU conseguiu mudar o debate mundial sobre guerras, a anos atrás, ela era “justa” ou “injusta”, hoje, ela é “lícita” ou “ilícita”. A solução não é nem perto do objetivo, que seria a paz mundial, porém, conseguir tirar a “Justiça” do argumento, já é um começo de uma nova era, pois assim, as nações não poderão vender a ideia ao mundo todo de guerra por justiça.

Vale frisar, que todas as despesas dessas operações, são custeadas pelo Ministério das Relações Exteriores, que também, é o órgão responsável pela diplomacia e pela manutenção do “crédito” internacional do Brasil.

Conforme o IPEA, alguns motivos levam o Brasil a participar das missões de paz da ONU:

- Inserir o país integralmente na dinâmica de segurança coletiva da ONU (político/normativo);
- aumentar a influência brasileira nos órgãos de tomada de decisão da ONU (político);
- exercer os princípios que governam as relações internacionais do Brasil, explicitados no art. 4º da Constituição Federal (normativo);

- reforçar a ideia do multilateralismo e inserir os interesses brasileiros entre aqueles que orientam decisões, incluindo uma visão de minimizar questões como os double standards (duplicidade de critérios) no Conselho de Segurança (normativo/político);
- validar a candidatura do Brasil para membro permanente do Conselho de Segurança político);
- utilizar oportunidades para cooperação durante a implementação dos processos de paz (político);
- prover maiores experiências internacionais para as Forças Armadas (institucional);
- “síndrome do bom samaritano”, centrada na garantia de bens públicos (como a paz) em áreas não associadas com o interesse nacional (normativo);
- compensação monetária da ONU (financeiro);
- treinamento de combate real para as Forças Armadas (institucional); e
- orgulho nacional: prestígio e imagem (político)

### **1.1 Participação do Brasil no governo de Luís Inácio Lula da Silva**

Um dos mais importantes períodos do Brasil em questão de contribuição com a Organização das Nações Unidas, foi no governo Lula (2003-2010), pois, fez o país ser mais importante nas missões de paz e ganhar expressão a nível mundial.

O Brasil passou por um período de “Choque de cultura”, com a transição do regime militar para o estado democrático de direito, como cita Cavalcante:

No contexto da década de 1980 e principalmente ao longo da década de 1990, a elite brasileira de decisão abandonou as posições ideológicas que prevaleceram durante o regime militar e adotaram uma orientação mais promultilaterais visando a (re) integração do país no sistema nesse sentido, um

dos instrumentos adoptados para perseguir esse objetivo foi a participação em operações de paz. (CAVALCANTE, 2010)

Assim, o povo passou adaptar-se ao novo estilo de governo, pois, foi iniciada uma transição de governos mais direitistas, ou seja, mais liberais, e com a chegada de Lula ao poder, a esquerda, que preserva um estado grande e estatais fortes, passou a ser uma maioria ideologica no Brasil, e durante essa adaptação, o Brasil exerceu influente papel no início do século XXI dentro da ONU, com importantes missões de paz, por exemplo, no Timor Leste e no Haiti.

No ano de 2005, o Brasil ocupava a 14<sup>a</sup> posição no ranking mundial de contribuição com a ONU, algo notável, vindo de um país subdesenvolvido, e isto deu maior ênfase ao país à nível mundial. Com destaque principalmente na missão de paz no Haiti, onde o Brasil enviou um contingente de 7.000 militares, como forma de apoio ao país que enfrentava uma reconstrução, após catástrofes naturais.

O Brasil, no período de Lula, teve importante papel dentro do Haiti, conseguindo fazer uma manutenção em sua democracia, como cita Seitenfus em seu artigo:

[...] René Préval, eleito no primeiro turno, reconheceu a importância da contribuição brasileira para a construção da democracia em seu país. Sua segunda viagem internacional, após visitar a República Dominicana, foi feita ao Brasil. O simbolismo do gesto é revelador e demonstra o apreço pelo que foi realizado. (SEITENFUS, R. 2006)

Vale ressaltar, que o Brasil por vezes, fez o papel de Polícia dentro do Haiti (deixando assim seu papel apenas de paz, pois teve que coagir em algumas irregularidades que ocorriam dentro do Haiti, com o uso bélico de suas forças) devido ao baixo efetivo no país, onde tinha-se quatro mil policiais para uma população de oito milhões de habitantes. Então, a ONU,

em sua missão, previu um policiamento feito por militares brasileiros. Até os dias atuais, o Brasil permanece fazendo uma “mediação” em prol da paz no Haiti, visto que a democracia é algo recente naquele país, e o medo pela volta de um regime autoritário, deixa o Brasil nesse status de observação na política interna do país caribenho.

O Governo de Luís Inácio, foi um governo que teve por missão a continuidade e a manutenção do Brasil na ONU, e podemos dizer, que o objetivo foi alcançado com êxito, visto que até os dias atuais, o Brasil é uma referência não só nas Américas, mas sim no mundo todo, devido a ações passadas que realizou em prol da paz, e ações do presente que está realizando, ajudando a imagem do governo brasileiro, e também, dando visibilidade ao nosso exército, na qual tem uma importante missão em um período de paz, visto que o alistamento militar é obrigatório para todos os homens quando se completa dezoito anos de idade, então, une-se o fator da necessidade de ocupar o efetivo que se coloca a disposição e o fator da solidariedade/créditos mundiais, o que favorece o Brasil em diversos aspectos, inclusive, com a coação da ONU em alguns casos.

## **1.2 Participações recentes em missões de paz**

As forças armadas brasileiras tiveram importante papel para o restabelecimento da democracia no Haiti, onde houve a missão de paz mais duradoura do Brasil, sendo um total de 13 anos, pois após o restabelecimento da escolha popular, houve um terremoto que abalou a situação daquele país em todas as esferas, sejam elas econômicas, sociais ou mesmo políticas novamente, devido ao caos instaurado. Novamente, os enviados brasileiros atuaram com maestria, dando suporte em itens básicos e necessários para a população, além da distribuição de material temporário para moradia, e em um curto período de tempo, a situação foi contornada e voltando ao estado original.

Desde 2015, o Brasil está no comando da Missão de Estabilização da Organização das Nações Unidas na República Democrática do Congo, efetuando combate contra grupos guerrilheiros que se instalaram naquele país, sendo disponibilizados cerca de 58.000 militares. Entretanto, essas ações tem um custo, pois 42 soldados perderam a vida em defesa da soberania nacional do seu respectivo país, buscando levar a bandeira do Brasil em prol da diplomacia entre nações.

Ainda que haja intenção de participar em outras operações de paz, o Brasil se defronta com alguns desafios de primeira ordem:

- 1) A agenda política do país tende a dar ênfase em questões internas, como as questões econômicas e sociais como combate à pobreza, contenda à violência e industrialização, o que pode deixar de privilegiar atuações de militares no campo internacional.
- 2) O Estado vem promovendo contenção de despesas desde 2011, incluindo o setor de defesa e o de política externa, e os possíveis custos financeiros do Brasil em operações de paz podem ser vistos como desnecessários em meio à crise.
- 3) Existe baixo número de atores domésticos não governamentais – ONGs, academia e sociedade civil – engajados em apoiar a atuação brasileira em operações de paz.
- 4) Não se pode perder de vista que a maior presença do país em operações de paz robustas pode representar um dano à imagem pacifista que o Brasil forjou nos últimos séculos.

Conforme cita o IPEA, em “Texto para Discussão”:

Segundo a Revista Piauí (2018), a conjuntura atual (sociopolítica e orçamentária) acabou por influenciar a decisão de declinar ao convite para a participação brasileira. Os dois principais fatores teriam sido a intervenção federal das Forças Armadas no Rio de Janeiro, com um efetivo de até 30 mil militares, incorrendo em um custo de cerca de R\$ 1,2 bilhão, e o envio de militares para oferecer assistência humanitária aos refugiados venezuelanos

em Roraima, por meio de um crédito emergencial dado ao Ministério da Defesa no valor de R\$ 190 milhões. Assim, apesar das inúmeras dificuldades, desafios e incertezas no que concerne à participação brasileira em outras operações de paz da ONU de grande envergadura, não se pode negar a progressão da trajetória brasileira, contribuindo para reforçar os interesses nacionais e projetar o país no cenário internacional. Convém, portanto, explorar de maneira mais estratégica, e em futuras oportunidades, o bom desempenho que o Brasil tem demonstrado em operações de paz.

### **Considerações Finais**

A população deve obter ciência da importância do Brasil a nível mundial, e de sua contribuição, pois, ao contrário de que muitas pessoas indagam, a causa é sim nobre, e a busca pela paz mundial, ou ao menos pela manutenção dela, deve ser constante, e isso só poderá ser alcançado se grandes potências mundiais lutarem unidas em prol da causa, e o Brasil, sendo a maior potência da América Latina, e com importante status dentro da ONU, não pode ficar de fora desta luta!

### **Referências**

MINISTÉRIO DA DEFESA, *Missões de Paz*, Brasília. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz> Acesso em 29 de maio de 2018

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Brasil na ONU*, Brasília. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/brasil-na-onu/> Acesso em 30 de maio de 2018

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, *O Brasil e as operações de manutenção da paz da ONU*, Brasília. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/4783-o-brasil-e-as-operacoes-de-paz/> Acesso em 30 de maio de 2018

SEITENFUS, R., *De Suez ao Haiti: A participação brasileira nas Operações de Paz*, CAPES, Santa Maria, p. 1-15. 2006. Disponível em: [http://seitenfus.com.br/arquivos/Seitenfus\\_-\\_De\\_Suez\\_ao\\_Haiti.pdf](http://seitenfus.com.br/arquivos/Seitenfus_-_De_Suez_ao_Haiti.pdf) Acesso em 01 de jun. de 2018

CAVALCANTE, F. *Rendering peacekeeping instrumental? The Brazilian approach to United Nations peacekeeping during the Lula da Silva years (2003-2010)*. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 53, n. 2, p. 142-159, 2010. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-7329201000020008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-7329201000020008&lng=en&nrm=iso)>. access on 24 May 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-7329201000020008>.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COMPILADO. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)  
Acesso em 13 de junho de 2018

REDAÇÃO TERRA. *Por que o dólar é referência monetária mundial?* Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/educacao/vocesabia/interna/0,,OI3624037-EI8402,00.html> Acesso 11 de junho de 2018

MINISTÉRIO DA DEFESA. Brasília. Disponível em: [https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/relacoes-internacionais/copy\\_of\\_missoes-de-paz/historico-da-participacao-brasileira-em-missoes-da-nu#:~:text=Brasil%20tem%20uma%20longa%20hist%C3%B3ria,L%C3%ADbano%20e%20Rep%C3%ABlica%20Centro%2DAfricana](https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/relacoes-internacionais/copy_of_missoes-de-paz/historico-da-participacao-brasileira-em-missoes-da-nu#:~:text=Brasil%20tem%20uma%20longa%20hist%C3%B3ria,L%C3%ADbano%20e%20Rep%C3%ABlica%20Centro%2DAfricana). Acesso em 22/05/2021.

SUMMARY of AG-039 United Nations Operation in Mozambique (ONUMOZ) (1992-1994). Archives.un.org, [s.d.]. TARDY, T. United Nations Protection Force (Unprofor – Bosnia and Herzegovina). In: KOOPS, J. A. et al. *The Oxford handbook of United Nations peacekeeping operations*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

COSTA, J. C. F. *Contribuições da participação brasileira em operações de paz da Organização das Nações Unidas para a segurança, defesa e desenvolvimento do Brasil*. 2015.

Monografia (Altos Estudos de Política e Estratégia) – Escola Superior de Guerra, Rio de Janeiro, 2015.

IPEA. Texto para Discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília. 2019. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8939/1/td\\_2442.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8939/1/td_2442.pdf). Acesso em 15/01/2021.

## **Instrumentos jurídicos de controle de poluição por químicos agrícolas**

*Luiz Fernando Gregório Schmidt  
Joline Cervi*

### **Introdução**

Ao examinar o cumprimento da legislação ambiental, referente ao controle de poluição de produtos destinados ao uso agrícola, podemos notar que a legislação brasileira é ainda ineficaz. Atualmente, inúmeras pesquisas traçam um nexos entre causas de nódulos (câncer) ligados ao uso de forma intensiva de agrotóxicos na agricultura, causando assim, má formações, nódulos e mortes. O desequilíbrio ambiental também, é um problema urgente para ser abordado e quais são os reais feitos do uso indiscriminado de químicos na agricultura brasileira.

Hodiernamente, a lei de agrotóxicos prevê responsabilidade civil, administrativa e penal para quem não cumprir com as exigências da legislação, porém, ainda há uma lacuna na aplicação do direito em detrimento do bem-estar, e o meio ambiente previstos na Constituição. Uma vez que são priorizados os ganhos econômicos que os agrotóxicos possibilitam as empresas, revendedoras e produtores rurais, sendo assim, um mal “necessário” para a sobrevivência econômica do setor primário brasileiro.

### **1. Necessidade de um controle para a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado**

Neste capítulo é apresentando todo o embasamento essencial para a valorização de do meio ambiente no Brasil, passando pelos direitos



fundamentais previstos de forma inédita na Constituição Federal, e avançando nos espaços e esferas de cada setor do Brasil e suas responsabilidades para manter o meio ambiente minimamente “saudável”.

Preservar o meio ambiente é fundamental para manter a saúde do planeta e de todos os seres vivos que moram nele. Para celebrar o esforço em proteger os recursos naturais, a Constituição Federal de 1988 foi revolucionária no Brasil ao criar o status de Direito Fundamental o Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que passa a ser um objetivo ao Estado e bem como um direito de cada cidadão (SARLET E FENSTERSEIFER, 2011).

Desta forma, “a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado pressupõe, inicialmente, a obediência a alguns fundamentos específicos, encontrando-se entre eles a vinculação do Direito Ambiental à dignidade da pessoa humana” (FIORILLO, 2013, p. 43).

O princípio da Dignidade da Pessoa humana tem aspecto central na Constituição Federal de 1988, “primeiro fundamento de todo sistema constitucional posto e último arcabouço da guarda dos direitos individuais” (RIZZATTO NUNES, 2002, p. 45), sempre procurando estabelecer um nexo pela referência aos direitos fundamentais, “ na dupla vertente da técnica jurídica de limitação do poder do Estado e de afirmação de um espaço pessoal” (BENDA, 1996, p. 46), ou seja, o Direito Ambiental brasileiro está alicerçado para a dignidade da pessoa humana.

Seguindo esta vertente, que toda e qualquer norma para estar acordada com a Constituição Federal de 1988 deve advim do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ao analisarmos a Constituição verifica-se que existe um tópico específico destinado ao Meio Ambiente, que inicia no art. 225 da Carta Magna do Brasil, ao qual podemos notar a utilização da palavra equilibrado.

Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para Affonso Machado (2012) o conceito de equilíbrio é uma balança que põem dois lados opostos identificados e mensurados, é que se alinham no mesmo patamar através da legislação, a lei regula essas relações sociais e pessoas com o fim de atingir o equilíbrio.

Salienta Krebs (2001, p. 459) que uma comunidade equilibrada ideal teria pontuação alta sobre todas as medidas de estabilidade. Tal comunidade tem interações bióticas envolvendo competição e predação, e estes processos funcionariam em uma densa e dependente maneira para regular a dimensão da população.

Já Adir Ubaldo Rech (2015) traz ao debate se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental ou apenas um direito de bem-estar e ainda vai além, ao incluir o homem a este meio ambiente, que segundo o autor, faz parte de um todo, e que para existir a vida preservada, é preciso existir um equilíbrio ambiental.

Mantendo este equilíbrio a Constituição Federal de 1988 propôs que o meio ambiente é essencial a uma vida sadia, e ter uma vida saudável é não ter um meio ambiente poluído assegurando assim a continuidade da Pessoa Humana em sua terra conforme enfatiza Machado (2012), a lei política Nacional do Meio Ambiente, tendo sido recepcionada pela Constituição de 1988. Não só os seres humanos devem ser protegidos da poluição, como a Natureza.

Nesta esfera de manter uma vida sadia, Néelson Néry Júnior (2002) enfatiza que todo cidadão tem o direito fundamental à vida, respeitando o art. 5º da Constituição Federal de 1988, que traz inúmeras garantias

constitucionais ao cidadão, que todo brasileiro ou estrangeiro que vive no Brasil, tem não apenas a vida biológica, mas também a uma vida digna.

Partindo desses pressupostos todo cidadão tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado bem como o direito à vida saudável e digna. Sendo assim, para manutenção de uma vida digna, não poderá existir um meio ambiente debilitado, em condições desfavoráveis.

Segundo Affonso Machado (2012) a saúde dos seres humanos não existe apenas para não ter doenças diagnosticadas no presente, mas também uma conservação dos recursos como o solo, a água, ar a flora, para que não venhamos através do uso desses elementos ter uma vida indigna ou até mesmo doenças futuras.

Ainda, é necessário dizer que “a qualidade de vida é um elemento finalista do Poder Público, onde se unem a felicidade do indivíduo e o bem comum, com o fim de superar a estreita visão quantitativa, antes expressa no conceito de nível de vida” (RAMÓN, 1994, p. 37), ou seja mesmo que o crescimento, o desenvolvimento e a exploração máxima dos recursos naturais, tragam anseios inéditos, o Poder Público deve sempre zelar pelos seus fins.

A Constituição Federal de 1988 também impôs ao Poder Público e a coletividade o dever de defender e de preservar, um meio ambiente equilibrado para as essas e futuras gerações, (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988), o legislador utiliza o “ Poder Público” de forma generalizada, no entanto, não compete apenas ao Poder Executivo a responsabilidade de buscar atender este direito, mas também ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo, conforme previsto na Constituição Federal no art. 2º Sendo assim as leis infraconstitucionais atualmente, visam sempre unir reciprocamente, os poderes para garantir este direito a todo cidadão, conforme pontua Machado (2012).

Quanto a “coletividade” o Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa define como: Grupo mais ou menos extenso de indivíduos que possuem interesses comuns; agrupamento, agremiação, ou seja, o legislador ao redigir o texto constitucional fez um chamamento as entidades de classe, a sociedade como um todo para discutir e preservar o meio ambiente, por isso a legitimidade constitucional da ONGs (Organizações não governamentais), mas ao compararmos o papel desenvolvido pelo Poder Público e Coletividade, vemos que a segunda é em geral facultativa esse labor conforme Machado (2012).

Em geral, como bem acentua José Carlos Carvalho (2008, p. 259), as responsabilidades, ainda que atribuídas às outras esferas de poder, recaem sobre o Presidente da República, que é o chefe do Poder Executivo Federal. Com efeito, muito disso se deve à política centralizadora e monopolista vigente na era militar, que transformou o Executivo num depósito de esperanças e anseios sociais.

De acordo com José Carlos Carvalho (2008, p. 478)

[...] mesmo uma Constituição não tem o poder de liquidar uma cultura, razão pela qual só agora, decorridos 15 anos de lentas mas consistentes transformações, a sociedade começa a perceber com mais clareza o real significado do papel atribuído ao Poder Executivo no âmbito da organização do Estado, ao lado dos Poderes Legislativo e Judiciário e da crescente importância do Ministério Público.

Ou seja, a União ainda é o maior ente federativo com a capacidade de deliberar e executar plano de preservação ambiental, puxando este gancho entramos no ponto principal deste artigo os agrotóxicos e a Constituição Federal 1988. Como vimos cabe ao Poder Público na prática controlar a produção, a comercialização, e qualquer forma econômica que venha desequilibrar o meio ambiente e a qualidade de vida.

O Poder Público tem papel de fiscalizar métodos, técnicas, substâncias e semelhantes que venham causar este desequilíbrio e até comprometer a saúde humana. Cabe a ele, garantir que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja garantido a todo cidadão, bem como o dever de zelar pela permanência do ambiente para as próximas gerações. Dessa maneira, a Magna Carta obrigou os entes federados a estarem presentes na atividade de controle, não deixando livre a negociação entre produtores e consumidores, afirma Fiorillo. (p. 523. 2013).

Com isso, podemos notar, que o Estado como a sociedade tem papel central na busca de obter e manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois, este é um dever das gerações existentes e o direito das futuras. O próximo capítulo traz um enfoque na Lei 7802/1989, a “Lei dos Agrotóxicos”, que vai esmiuçar os artigos mais pertinentes da legislação e refletir quanto seu enquadramento nos direitos fundamentais trazidos no capítulo inicial, bem como os prejuízos causados por membros do setor que não segue a legislação, degradando o meio ambiente e a saúde humana.

## **2. O controle da poluição e os prejuízos causados pelo uso inadequado de agrotóxicos**

Visando dar um enfoque novo aos até então “defensivos agrícolas” a lei 7.809/1989, a chamada “Lei dos Agrotóxicos”, renomeou os produtos utilizados na agricultura que eram socialmente aceitos como defensivos. A lei 7.089/89, trouxe de forma literal o conceito desses químicos que vinham sendo cada vez mais utilizados na agricultura brasileira, no Art. 2º da lei 7.809/1989:

Para os efeitos desta Lei, consideram-se:

I - agrotóxicos e afins:

a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos;

b) substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento.

II - componentes: os princípios ativos, os produtos técnicos, suas matérias-primas, os ingredientes inertes e aditivos usados na fabricação de agrotóxicos e afins.

A conceituação teve papel fundamental de clarear quais são os produtos e seus afins, para o segundo passo ser tomado, que veio com o Decreto N° 4.074, de 4 de janeiro de 2002, que tinha por objetivo regular a legislação dos agrotóxicos. Ambas legislações tiveram papel fundamental na conceituação e delimitação de cada poder e esfera estatal de fiscalizar, coibir o uso inadequado e danoso dos agrotóxicos ao meio ambiente conforme pontua Affonso Machado (2012, p. 728).

Esta iniciativa jurídica tomada pelo Estado Brasileiro, estava seguindo grande parte dos países europeus como a Espanha e Itália que estava renomeando os “defensivos agrícolas” para pesticidas e praguicidas (MACHADO, 2000). Essa fixação conceitual na legislação teve papel social uma vez que nomeavam os químicos com o termo Agro seguido de Tóxico, remetendo uma vez a toxicidade e risco a saúde conforme o dicionário Aurélio (2020. p. 1784).

O decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002 que tinha por objetivo regular a lei 7.809/89 no art. 31, traz quais que são os agrotóxicos que devem ter seu registro negado para a comercialização no Brasil.

Art. 31. É proibido o registro de agrotóxicos, seus componentes e afins:

I - para os quais no Brasil não se disponha de métodos para desativação de seus componentes, de modo a impedir que os seus resíduos remanescentes provoquem riscos ao meio ambiente e à saúde pública;

II - para os quais não haja antídoto ou tratamento eficaz no Brasil;

III - considerados teratogênicos, que apresentem evidências suficientes nesse sentido, a partir de observações na espécie humana ou de estudos em animais de experimentação;

IV - considerados carcinogênicos, que apresentem evidências suficientes nesse sentido, a partir de observações na espécie humana ou de estudos em animais de experimentação;

V - considerados mutagênicos, capazes de induzir mutações observadas em, no mínimo, dois testes, um deles para detectar mutações gênicas, realizado, inclusive, com uso de ativação metabólica, e o outro para detectar mutações cromossômicas;

VI - que provoquem distúrbios hormonais, danos ao aparelho reprodutor, de acordo com procedimentos e experiências atualizadas na comunidade científica;

VII - que se revelem mais perigosos para o homem do que os testes de laboratório, com animais, tenham podido demonstrar, segundo critérios técnicos e científicos atualizados; e

VIII - **cujas características causem danos ao meio ambiente.** [...]

Este artigo e seus incisos específicos nos revelam como devem ser orientados os registros de comercialização, exportação e produção de agrotóxicos. O decreto também propiciou de forma viável a união de esforços por parte do Governo Federal através Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério da Saúde e Ministério do Meio Ambiente para que trabalhassem em conjunto no Comitê Técnico de Assessoramento para Agrotóxicos – CTAA no Brasil (FIORILLO, 2012).

Outrossim, consagra-se a importância deste artigo para regulamentação dos agrotóxicos no Brasil, pois limita aos produtores de químicos, que os mesmos não tenha como ônus aos consumidores conforme os incisos III, IV, V e VI, do art. 31 do Decreto Nº 4.074, de 4 de

janeiro de 2002, que são específicos ao vedarem totalmente agrotóxicos que venham causar distúrbios para o desenvolvimento de fetos, que propiciem o aparecimento de câncer, a modificação ou mutação do *Deoxyribonucleic acid* (DNA) humano e até mesmo comprometam a capacidade reprodutora do homem.

Outro enfoque do artigo é quanto aos danos ao meio ambiente, como já comentando, o homem faz parte do meio ambiente como um todo, o artigo é amplo ao não limitar quais tipos de danos poderia causar ao meio ambiente, como faz nos incisos anteriores sendo taxativo, porém nos direcionam as características desses químicos como um exemplo de fiscalização para o Estado, se basear, visando resguardar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme previsto no art. 225 da Constituição Federal 1988.

Contudo atualmente, há prejuízos de inúmeras formas, ao meio ambiente, a saúde humana e a economia com o uso de agrotóxicos que não cumprem os requisitos da legislação afirma Fiorillo (2012, p. 759). Diversos estudos, periódicos e artigos, trazem de forma clara os riscos que os agrotóxicos trazem a saúde humana, e ao meio ambiente. Atualmente diversos entendes que compõem o meio ambiente estão gravemente afetados pela contaminação de resíduos de agrotóxicos. Mananciais de água doce, solo, ar, cobertura vegetal e até mesmo seres vivos, concentram muito além dos suportáveis resíduos de substâncias nocivas ao sistema, conforme dados trazidos pelo Caderno de Ciência e Tecnologia (2014, p. 135).

Em diversas pesquisas feitas por órgãos e autarquias públicas, os resultados surpreenderam até os mais pessimistas estudiosos da área, onde foram encontrados residuais de agrotóxicos na água da chuva, acendendo um alerta a todos defensores do meio ambiente e da vida humana. As concentrações de substâncias nocivas em alguns peixes



também chamam a atenção de pesquisadores, uma vez que esses peixes servem de alimentos aos humanos em consonância à revista Saúde em Debate (2018. p. 578).

A legislação brasileira, (Lei 7.809/89 e decreto nº 4.074/02) regulam essa relação, de homem, meio ambiente e economia, no entanto os prejuízos causados pelo uso indiscriminado de agrotóxicos está causando contaminações graves e preocupantes ao meio ambiente, que podem refletir na economia. A responsabilidade civil de cada ente na cadeia dos agrotóxicos muitas vezes é obscura por parte da doutrina, que raramente discute hoje, o papel das empresas em elaborar uma tese coesa que definam a responsabilidades dos entes produtores desses químicos que não estão seguindo a legislação brasileira vigente.

### **3. Instrumentos jurídicos eficazes para a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado**

Após da apresentação dos princípios que norteiam a Constituição com relação ao tema de Direito Ambiental, foi abordado a legislação criada para agrotóxicos e os principais artigos para a definição dos químicos e seus afins, usados na produção de alimentos, neste capítulo abordaremos os instrumentos que o Direito brasileiro dispõem para regular e minimizar os efeitos dos agrotóxicos no meio ambiente e na saúde humana, sendo assim garantir o direito previsto no art. 225 da Constituição Federal. A lei 7.802/1989 trouxe importantes avanços na época e ainda é utilizada, foi criado o decreto Nº 4.074/02 para regular esta lei, que traz inúmeros remédios mínimos para o direito ambiental resguardar.

Na “Lei dos Agrotóxicos” temas como a propaganda, venda, embalagens e sua reutilização, as responsabilidades civil, administrativa e penal dos produtores, vendedores, transportadores e usuários do produto final (agrotóxico) foram previstas nos seus artigos. Dentre este tema o que mais chama a atenção, de todos instrumentos jurídicos é o artigo 14

da lei 7.802/89 que trata das responsabilidades civil, administrativa e penal:

O art. 14 atribui as seguintes responsabilidades:

- a) ao profissional, quando comprovada receita errada, displicente ou indevida;
- b) ao usuário ou ao prestador de serviços, quando proceder em desacordo com o receituário ou as recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais;
- c) ao comerciante, quando efetuar venda sem o respectivo receituário ou em desacordo com a receita ou recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais;
- d) ao registrante que, por dolo ou culpa, omitir informações ou fornecer informações incorretas;
- e) ao produtor, quando produzir mercadorias em desacordo com as especificações constantes do registro do produto, do rótulo, da bula, do folheto e da propaganda, ou não der destinação às embalagens vazias em conformidade com a legislação pertinente;
- f) ao empregador, quando não fornecer e não fazer manutenção dos equipamentos adequados à proteção da saúde dos trabalhadores ou dos equipamentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos

Para Frederico Amado, a responsabilidade civil dentro do direito ambiental está baseada na legislação constitucional e outros princípios diferentes que além de nortear a responsabilidade civil, são utilizados em outras áreas do direito. Porém, segundo ele a responsabilidade civil por danos ambientais, não se isola ela se utiliza de certos mecanismos de

outros ramos do direito. A responsabilidade civil, é objetiva conforme o § 3º do art. 225 da Constituição Federal de 1988, bem como solidária, também previsto no art. 3º, I da Constituição Federal de 1988, e tese já pacificada pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) afirma Fiorrilo (2013, p. 79).

Frederico Amado também pontua quanto ao princípio do poluidor pagador, que é um princípio exclusivo do direito ambiental, que responsabiliza o poluidor a arcar com os danos causados ao meio ambiente e reparar esses danos, contudo no caso dos agrotóxicos a sanção vai além do reparo, e a legislação impõe sanções, visando proteger outros bens como a saúde humana, admitindo assim responsabilidades administrativas e penais.

Podemos notar, que a responsabilidade civil, visa reparar o dano causado ao meio ambiente e a responsabilidade penal a saúde humana. No Art. 15 da Lei dos Agrotóxicos (Lei 7.802/89), há uma previsão de pena de reclusão de dois a quatro anos, além do pagamento de multa:

Aquele que produzir, comercializar, transportar, aplicar, prestar serviço, der destinação a resíduos e embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, em descumprimento às exigências estabelecidas na legislação pertinente estará sujeito à **pena de reclusão, de dois a quatro anos, além de multa.**

No entanto, com advento da Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a chamada “Lei dos Crimes Ambientais”, em especial o art. 56, onde há uma previsão de pena para praticar conduta semelhante, porém, não igual, o artigo é mais amplo uma vez que utiliza as palavras “substâncias tóxicas” - art. 56 da Lei nº 9.605/98:

Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou

**substância tóxica**, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos:

Dessa forma não retirou a aplicação do art. 15 da lei 7.802/89, uma vez que o direito brasileiro se utiliza do princípio da especialidade para coibir uma conduta, uma vez que esse tem mais eficácia ao tratar do assunto, garantindo assim, que o art. 15 da lei 7.802/89 fosse utilizado ao tratar de sanções penais de crimes envolvendo agrotóxicos como enfatiza Amado (2012, p. 349).

Além da legislação destinada a tratar do uso de agrotóxicos de 1989, e a lei de Crimes Ambientais, com certa amplitude, a legislação que criou o “Novo Código Florestal Brasileiro”, a partir Lei nº 12.651/2012, em nenhum momento citou a palavra agrotóxicos, defensivos agrícolas, ou até mesmo químicos agrícolas, aparentemente o legislador, não notou o nexo de causa entre a proteção de Florestas Nativas Brasileiras, e um o controle de Agrotóxicos nestas áreas ambientais que são tratadas pelo texto da lei.

No entanto, dispomos de inúmeros projetos de lei, que visam tratar, regular, minimizar e até mesmo proibir o uso de químicos agrícolas em território nacional. No ano de 2016, um projeto sugerido pela Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), que institui a Política Nacional de Redução de Agrotóxicos, através do projeto de Lei nº 6670/2016, é o projeto que está tendo maior “empatia” por parte dos legisladores.

As principais questões, que o projeto de lei trata, são formas de incentivar o consumo de produtos livres de agrotóxicos, que respeitem ao máximo a conservação do Meio Ambiente e a saúde humana. Entre os campos que a lei visa incentivar o social busca através das escolas uma mudança na cultura e na educação, incentivando o consumo de produtos que não levem agrotóxicos ou químicos agrícolas, que causam tanta destruição ao meio ambiente e propiciem um aumento na incidência de

doenças como o câncer. No campo econômico, o projeto de lei visa incentivar as empresas, produtores, transportadores, pesquisadores, que adotem agricultura “orgânica”, e busquem a integração, agricultura-meio ambiente, com benefícios fiscais, plataformas diferenciadas e convênios. Em contra partida o mesmo projeto de lei visa criar barreiras, para coibir o uso indiscriminado e irresponsável de químicos agrícolas, na produção de alimentos, adotando medidas jurídicas e administrativas. A medida jurídica de maior impacto em curto prazo é a introdução de um prazo máximo para a revisão de todos os químicos agrícolas em uso no Brasil, estipulando três anos para todos princípios ativos, e levando em conta estudos desenvolvidos por países europeus que venham proibir produtos que sejam comercializados no Brasil.

Já a medida administrativa de impacto no projeto de lei, é a criação de incentivos a pesquisa, desenvolvimento e produção de orgânicos, haja vista que o Brasil segundo dados da ABRASCO é um dos países com maior potencial para esse mercado, bem como há uma necessidade de pesquisas ainda maiores, para um aproveitamento máximo de todo potencial que a agricultura orgânica e livre de químicos pode ofertar para o Meio Ambiente e para a saúde humana.

Como também há projetos de lei que visam tornar certas “flexibilizações” conseguidas pontualmente, através de normas administrativas junto a Órgãos como a Anvisa, pela equipe de *lobbyistas* ligadas ao agronegócio no Congresso Brasileiro, como destaca Pedro Grigori em matéria da Agência Pública Repórter Brasil (2021).

Finalizando, pode-se notar que a legislação brasileira, ainda é um pouco flexível com a poluição causadas por agrotóxicos e afins, principalmente em elaborar de forma clara as responsabilidades dos pesquisadores, formuladores e produtores de agrotóxicos, uma vez que é

nessa fase que há um maior conhecimento dos potenciais efeitos dos agrotóxicos na saúde humana e no meio ambiente.

### **Considerações finais**

Os instrumentos jurídicos de controle de poluição por químicos agrícolas, são relativamente poucos, iniciando pela Carta Magna que impôs direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, seguindo pela legislação de agrotóxicos que visa regular a produção, venda, comercialização, e uso de químicos agrícolas, passando pelo decreto de 2002, que regula a destinação correta para as embalagens vazias de agrotóxicos e a lei de crimes ambientais de 98.

O ponto de maior impacto no artigo, foi a constatação do descumprimento de medidas previstas na legislação vigente, principalmente, em relação aos fabricantes de agrotóxicos, que minimizam os reais efeitos dos agrotóxicos na saúde humana e no meio ambiente. A partir disso notamos que o principal instrumento a ser utilizado e pesquisado é a responsabilidade de cada ente neste setor que envolve muitos interesses no Brasil.

Principalmente, responsabilizando cada elo, por informações que disponham e suas decisões tomadas, sejam elas empresas, autarquias governamentais, usuários e consumidores do produto final. Uma vez que os agrotóxicos não afetam apenas usuários diretos que são considerados agentes meios, mas também os consumidores de alimentos que sem dúvida, são o verdadeiro fim da cadeia agrícola brasileira.

### **Referências**

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado** / Frederico Augusto Di Trindade Amado. – 5.<sup>a</sup> ed. –Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2014.

AURÉLIO. **Dicionário da Língua Portuguesa do Brasil**, São Paulo – SP, Aurélio, 2020.

Disponível: <http://aurelioservidor.educacional.com.br/tóxico> Acesso em: 05 abr. 2020

BENDA, Ernesto et ali. **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996.

BRASIL. **Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4074compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4074compilado.htm)

Acesso em: 05 abr. 2020

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm) Acesso em: 05 abr. 2020

BRASIL. **Lei 7.802, de 11 de julho de 1989**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7802.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm) Acesso em: 05 abr.

2020

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm) Acesso em: 05 abr. 2020

BRASIL. **Projeto de Lei 6.670, de 13 de dezembro de 2016**. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120775> Acesso em: 31 de abril de 2020.

Charles J. Krebs (University of British Columbia), **Ecology- The Experimental Analysis of Distribution and Abundance**, 5a ed., Benjamin Cummings, an imprint of Addison Wesley Longman, Inc., 2001, p. 459-460

CADERNOS DE CIÊNCIA & TECNOLOGIA, Brasília, v. 34, n. 1, p. 135´-151, jan./abr. 2014.

Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/164063/1/Impactos-de-agrotoxicos-sobre-o-meio-ambiente.pdf> Acesso em: 05 abr. 2020

CARVALHO, José Carlos. **A vocação democrática da gestão ambiental brasileira e o papel do Poder Executivo**. In Meio Ambiente no Século 21 - 21 especialistas falam

da questão ambiental nas suas áreas do conhecimento. Coordenação de André Trigueiro, prefácio de Marina Silva. 5ª ed. Campinas, SP: Armazém do Ipê (Autores Associados), 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro** – 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal – São Paulo : Saraiva, 2013.

GRIGORI, Pedro. **Bancada ruralista retoma PL do Veneno e vê ‘oportunidade de resolver isso de uma vez’** – Repórter Brasil. 2021. Digital. Acesse em: <https://reporterbrasil.org.br/2021/03/bancada-ruralista-retoma-pl-do-veneno-e-ve-oportunidade-de-resolver-isso-de-uma-vez/> Acesso em: 31 de abril de 2021.

LOPES, C.V.A.; ALBUQUERQUER, G. S. C.. **Agrotóxicos e seus impactos na saúde humana e ambiental: uma revisão sistemática**. In Saúde em Debate, Abril-Junho, 2018, Rio de Janeiro, v. 42, n. 117, p. 518-534. Disponível em : <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v42n117/0103-1104-sdeb-42-117-0518.pdf> Acesso em: 05 abr. 2020

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nélon. **“Responsabilidade civil por dano ecológico e ação civil pública”**. Justitia 126. São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo. -----, e NERY, Rosa M. de A. N ovo Código Civil e Legislação Extravagentes Anotados. São Paulo, Ed. RT, 2002.

RAMÓN, Fernando López. **“El Derecho Ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales”**, Cuadernos de Derecho Judicial XXVIII/125-147, 1994. 24. V.



RECH, Adir Ubaldó. **Fundamentos legais para a conservação e manejo dos campos sulinos.** In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). Queimadas dos campos: o homem e o campo – a natureza, o fogo e a lei. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 45.

SARLET; FENSTERSEIFER apud AGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson. **Direito Constitucional do Ambiente.** Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 10.

## O negócio jurídico processual e a produção de provas: atuação limitada do julgador? <sup>1</sup>

*Luiza Mezzomo Zorzi* <sup>2</sup>  
*Maria Carolina Rosa de Souza* <sup>3</sup>

### 1 Introdução

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), a disciplina dos negócios jurídicos processuais ganhou grande relevância, tendo em vista que além do novo código ampliar as hipóteses de convenções processuais típicas, instituiu a cláusula geral do negócio jurídico processual, prevista no seu art. 190, que consagra o subprincípio da atipicidade dos negócios processuais e o princípio do autorregramento da vontade no processo civil brasileiro.

Por meio desta cláusula, a lei confere às partes a faculdade de adequarem o procedimento de acordo com o caso concreto, bem como, a de convencionarem sobre seus ônus, poderes, faculdades, e deveres processuais. O que evidencia a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais atípicos sobre direito probatório.

Assim, tem-se levantado uma série de questões sobre os efeitos que os negócios jurídicos processuais que versem sobre matéria probatória exercem sobre os poderes instrutórios, de ofício, dos juízes. E ainda, qual a influência que o art. 190 do CPC/2015, tem sobre o art. 370, do mesmo

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido por Luiza Mezzomo Zorzi, estudante da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

<sup>2</sup>Aluna do Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, e-mail 167786@upf.br.

<sup>3</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: mariacsouza@upf.br. Lattes: [https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG\\_MENU.menu?f\\_cod=60680B9F6A786EB24DDD398D156ADC1C](https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=60680B9F6A786EB24DDD398D156ADC1C)

código, que estabelece a possibilidade de o juiz de ofício determinar a produção de prova.

Com base nessas questões, o presente estudo tem como objeto analisar os negócios jurídicos processuais atípicos que versem sobre direito probatório (convenção probatória), mais especificamente, sobre a admissibilidade deste tipo de convenção, e se o juiz, diante de uma convenção que limita os meios de prova, fica vinculado ao que foi convenionado pelas partes, ou poderá determinar de ofício as provas que entender necessárias, com fundamento no art. 370 do CPC/2015.

O trabalho divide-se em 3 capítulos, o primeiro trata da teoria geral dos negócios jurídicos processuais e suas espécies, englobando, a conceituação, classificação e diferenciação. Prossegue com a explanação sobre a cláusula geral prevista no art. 190 do CPC/2015 e a análise dos requisitos de existência, validade e eficácia das convenções processuais. Traz as considerações acerca dos princípios que norteiam os negócios jurídicos processuais e contribuem para a sua aplicação. O segundo capítulo dedica-se a verificar o conceito, a finalidade e o destinatário da prova, e a versar sobre os poderes instrutórios do juiz sob a perspectiva dos modelos de organização do processo civil. Logo, o terceiro capítulo faz uma abordagem sobre a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais atípicos que versem sobre prova. Ainda, analisa a interferência que as convenções probatórias exercem sobre os poderes instrutório, de ofício, e do juiz, trazendo para análise posicionamentos doutrinários, apontando os argumentos que são a favor das convenções probatórias que limitam a produção de provas pelo juiz, e os que são contra a vinculação do juiz a essas convenções, bem como, traçando um panorama da jurisprudência.

## 2 Considerações gerais sobre os negócios jurídicos processuais

O negócio processual é o fato jurídico voluntário, que produz efeitos no processo, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de constituir, modificar e extinguir, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou ainda promover a alteração do procedimento (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 380). Este negócio processual possibilita, através da autonomia da vontade das partes, a flexibilização procedimental, modificando e determinando as normas, conforme o caso concreto. Devendo o juiz respeitar o autorregramento estipulado e cumprir as normas jurídicas válidas (CARVALHO, 2017, p. 81).

No Código de Processo Civil de 1973, já havia previsão sobre os negócios jurídicos, onde o art. 158 dispunha que “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou a extinção de direitos processuais”, sendo que essa disposição está integralmente mantida no art. 200 do Código de Processo Civil de 2015.

O CPC/2015 buscou diminuir o protagonismo do juiz, quebrando o caráter publicista que as normas do CPC/1973 possuíam. Nesse contexto, além de mantidos os negócios processuais típicos do CPC/1973 e a previsão do art. 158 (atual art. 200), o art. 190 do CPC/2015<sup>4</sup> seguindo a lógica do processo cooperativo, foi muito além e escancarou a possibilidade de as partes estipularem uma infinidade de alterações no procedimento, conforme as peculiaridades de cada caso concreto. Para Greco, essa norma expressa que as partes como destinatárias da prestação jurisdicional “estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus

---

<sup>4</sup> Art. 190. “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública” (2007, p. 08).

Os negócios jurídicos processuais podem ser classificados de duas diferentes formas: típicos e atípicos. Quando o negócio jurídico é típico, este já vem regulado pela lei, e com relação ao negócio atípico, o CPC de 2015 adotou através da cláusula geral prevista no art.190 os negócios jurídicos denominados de atípicos, que não são regulados em lei.

Os negócios jurídicos processuais típicos podem ser unilaterais, bilaterais e plurilaterais, que produzem efeitos imediatos, com exceção por exemplo da desistência, a qual depende de homologação do juiz para produzir efeito, nos termos do art. 200, parágrafo único, do CPC/2015 (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 381-382).

Negócio jurídico unilateral é aquele que depende da vontade de apenas uma das partes, como exemplo, a desistência de recurso (art. 998, CPC/2015) a renúncia ao prazo (art. 225, CPC/2015). Já os negócios processuais bilaterais se operam pela manifestação de vontade de duas partes, a título de exemplo, a cláusula de eleição de foro prevista no art. 63 do CPC/2015 a suspensão do processo (art. 313, inciso II, do CPC/2015), o adiamento negociado da audiência previsto no art. 362, inciso I, do CPC/2015 (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 382).

Os negócios processuais plurilaterais, dependem da vontade de mais de dois sujeitos, o que acontece nos negócios celebrados com a vontade das partes e do juiz, como o calendário processual previsto no art. 191, §§ 1º e 2º, do CPC/2015<sup>5</sup> (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 382).

Com o advento do CPC de 2015, houve a ampliação das hipóteses de convenções processuais típicas, com a implementação da cláusula geral do

---

<sup>5</sup> Art. 191. “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.”

negócio jurídico processual, prevista no seu art. 190, que consagra o subprincípio da atipicidade dos negócios processuais no processo civil brasileiro. É denominada de subprincípio porque, segundo Didier Júnior, “serve à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo” (2016, p. 384).

A autorização estipulada nesta cláusula geral é da atipicidade, pois a lei não contém disposições detalhadas sobre o que pode ser objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, o que permite que os negociantes além de mudar o procedimento ou as regras sobre ônus, poderes, faculdade e direitos, restrinjam os seus próprios direitos se entenderem adequado, através da autonomia da vontade, tornando o processo mais democrático (CARVALHO 2017, p. 82). Assim sendo, os negócios jurídicos serão considerados atípicos, conforme Santos “quando forem celebrados pelas partes de acordo com sua conveniência e necessidade, sem, contudo, se encaixar em algum dos tipos previstos na legislação” (2017, p. 53).

A referida cláusula, possibilita que as partes busquem um processo mais adequado, alterando o procedimento e suas situações jurídicas, para a satisfação do direito. O ajuste entre as partes pode ocorrer antes ou durante o processo, e conforme Theodoro Júnior, deve preencher os seguintes requisitos: “(i) a causa deve versar sobre direitos que admitam autocomposição; (ii) as partes devem ser plenamente capazes; e (iii) a convenção deve limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes (art. 190, *caput* do CPC/2015)” (2017, p. 616).

A respeito dos requisitos, Didier Júnior aponta que “o direito em litígio pode ser indisponível, mas admite solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos e o direito aos alimentos” (2016, p. 392). No mesmo sentido, o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis de 2017 dispõe: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico

processual”. Já o teor do art. 190 do CPC/2015, dispõe que só é possível realizar um negócio jurídico processual sobre os direitos que admitem autocomposição.

No que se refere aos requisitos de validade do negócio jurídico processual, a lei exige agente capaz, objeto lícito, possível e determinado, e também forma prescrita ou não defesa em lei, devendo ser observados os termos do art. 104 do Código Civil<sup>6</sup>. Neste sentido, o enunciado n<sup>o</sup> 403 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis de 2017, estabelece que “a validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

A capacidade processual como requisito para validade dos negócios processuais atípicos, exige que a parte seja detentora de capacidade processual, não impedindo “a celebração de negócios processuais por pessoas *incapazes*, seja a incapacidade *absoluta* (art. 3<sup>o</sup>, CC/2002<sup>7</sup>) ou *relativa* (art. 4<sup>o</sup>, CC/2002<sup>8</sup>), desde que devidamente *representadas* ou *assistidas*” (REDONDO, 2019, p. 141).

Quanto aos requisitos de validade e existência dos negócios jurídicos processuais, o art. 166 do CC/2002 dispõem hipóteses que caso configuradas, geram a nulidade dos negócios. Dessa forma, ausente qualquer dos requisitos disciplinados no art. 104, CC/2002, ou verificada

---

<sup>6</sup> Art. 104. “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

<sup>7</sup> Art. 3<sup>o</sup> “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.”

<sup>8</sup> Art. 4<sup>o</sup> “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.”

alguma das hipóteses do art. 166 do CC/2002<sup>9</sup>, a celebração da convenção processual será nula e inválida (HATOUM; BELLINETTI, 2016, p. 09).

O controle de validade para celebrar negócios processuais atípicos, nos termos do que dispõem o art. 190, parágrafo único, do CPC/2015, é de competência do julgador, que de ofício ou mediante provocação da parte interessada, irá controlar a validade das convenções, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão, ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, com o intuito de resguardar os princípios constitucionais, observando os limites impostos pela ordem pública processual (DALLA, 2020, p. 526).

Assim, além dos requisitos de existência e validade, o controle judicial se limita a verificar a abusividade da cláusula ou vulnerabilidade da parte. Didier Júnior entende que “há vulnerabilidade quando houver desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica, fazendo com que a negociação não se aperfeiçoe em igualdades de condições” (2016, p. 390). Assim, o juiz quando verificar a existência de vulnerabilidade no negócio jurídico processual deverá anulá-lo.

No que se refere à homologação judicial dos negócios jurídicos processuais como requisito de eficácia, tem-se em regra, que não depende da homologação o juiz para surtir efeitos, conforme o caput do art. 200 do CPC/2015, limita-se ao juiz uma análise da validade do acordo, o qual é fruto da autonomia da vontade das partes. Essa análise não é requisito para a efetivação do negócio, mas somente para verificar a legalidade do acordo (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 617). Nesses casos, o negócio

---

<sup>9</sup> Art. 166. “É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”



processual não se sujeita a prévia homologação, produz eficácia imediata, e o controle da legalidade do negócio, realizado pelo juiz, somente será realizado após o negócio já estar produzindo efeito, e caso seja reconhecida a nulidade, deverá ser declarado nulo (REDONDO, 2019, p. 229-230).

Em contrapartida, de modo excepcional, há os negócios processuais que não produzem efeitos imediatos e dependem de homologação judicial (desistência da demanda art. 200, p. único, do CPC/2015) e a (organização consensual do processo, art. 357, §2º, do CPC/2015<sup>10</sup>) o que é exigido pela lei, sendo que o controle pelo juiz deve se dar no momento em que for homologar ou não o negócio processual (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 395-396). Se houver a homologação, “o último plano do pacto – o da eficácia – seja alcançado e, assim, o negócio, já válido, se torne também eficaz, passando a produzir efeitos a partir de então” (REDONDO, 2019, p. 230).

Fixadas essas premissas, o negócio jurídico atípico com previsão na cláusula geral do art. 190 do CPC/2015, também está sujeito aos princípios, dentre os quais podemos destacar o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, o princípio da liberdade e, também, o princípio da cooperação, disposto no art. 6º do CPC/2015<sup>11</sup> e que se apresenta como norma fundamental do processo civil.

Um dos principais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, está consubstanciado no princípio da liberdade, disposto no seu art. 5º, do qual surge o princípio do autorregramento da vontade. O direito ao autorregramento está presente na eficácia do direito fundamental à liberdade, que consiste no direito que todos os indivíduos têm de regular

---

<sup>10</sup> Art. 357. “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...]; § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz; [...]”

<sup>11</sup> Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

juridicamente seus próprios interesses, de poder estabelecer o que acredita ser mais adequado para a sua existência para construir seu próprio caminho do modo que desejar. O autorregramento da vontade é considerado como um dos pilares da liberdade, correspondendo à dimensão inevitável da dignidade da pessoa humana (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 133).

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade está presente no CPC/2015 em diversos dispositivos, que valorizam a participação das partes na solução dos conflitos, como por exemplo: o da mediação, da conciliação, dos negócios jurídicos processuais. (CARVALHO, 2017, p. 81-82). E através do respeito ao autorregramento da vontade é assegurado às partes a liberdade para conduzir o procedimento de acordo com seus interesses. Com isso, há a externalização dos negócios jurídicos processuais, que possibilita flexibilização do processo, para regulá-lo de acordo com o caso concreto em litígio (CABRAL, 2018, p. 158-161).

Afirma Cunha, que o autorregramento da vontade no CPC/2015 é permitido, assegurado e respeitado, eis que o diploma foi estruturado de maneira a estimular a solução do conflito conforme cada caso (2015, p. 21). Tem-se, portanto, que o referido princípio reafirma a noção de autonomia e cooperação instituída pelo CPC/2015, não possuindo nem as partes nem o juiz o protagonismo no processo, ou seja, não é um processo “que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é um mero espectador de pedra” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 135). Garantindo o direito ao exercício das partes de autorregramento da sua vontade.

A liberdade consiste no direito que todos os indivíduos possuem de regular juridicamente seus próprios interesses, de controlar o que consideram mais adequado para a sua existência, de poder escolher e de construir o seu caminho da maneira que desejarem. O autorregramento da vontade é considerado como um dos pilares da liberdade,

correspondendo à dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 133). O direito fundamental à liberdade propiciou o reconhecimento, no âmbito do processo civil, da relevância da vontade das partes no processo. Deste modo, é aberto espaço para que as partes interfiram e influenciem na condução do procedimento, de forma a garantir que a vontade das partes seja respeitada (GONÇALVES, 2016, p. 47).

O princípio da cooperação previsto no art. 6º do CPC/2015, prevê que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, tem como fundamento os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, o que juntos, definem o modo como o processo civil deve se estruturar (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 126). A esse respeito, Neves destaca que a redação do art. 6º do CPC/2015, institui que deve haver uma colaboração entre as partes com o juiz e o juiz com as partes, obtendo uma harmonia entre elas, com a finalidade de alcançar um resultado ao final do processo com a atuação conjunta das partes:

A colaboração das partes com o juiz vem naturalmente de sua participação no processo, levando aos autos alegações e provas que auxiliarão o juiz na formação de seu convencimento. Quanto mais ativa a parte na defesa de seus interesses mais colaborará com o juiz [...] (2016, p. 309).

O referido princípio constitui no processo o dever que complementa o direito ao contraditório, com a finalidade de obter, uma decisão de mérito efetiva e justa, nos termos do entendimento de Theodoro Junior:

Trata-se de um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir,

realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo, como já se viu (2017, p. 98).

Em vista disso, o princípio da cooperação possui relação com o princípio do autorregramento da vontade, considerando que modelo cooperativo adotado pelo CPC/2015, respeita a atuação das partes no processo, tornando-se mais receptivo aos negócios jurídicos processuais, “ao ponto de tornar o processo e o procedimento mais adequado às especificidades da causa, que é o escopo das convenções processuais atípicas” (HATOUM; BELLINETTI, 2017, p. 269-271).

Dessa forma, preenchidos os requisitos da existência, validade, eficácia e estando o negócio processual de acordo com os princípios constitucionais e processuais, este é considerado lícito e indiscutível.

### **3 A prova no processo civil: finalidade, destinatários e os poderes instrutórios do juiz**

Para se compreender a produção de prova no panorama dos negócios jurídicos processuais, importa primeiramente, apontar a relevância que a prova detém no processo civil. Para tanto, busca-se explicar a seguir, a finalidade e os destinatários da prova, far-se-á também, a análise sobre argumentos do direito fundamental à prova e sobre os poderes instrutórios do juiz.

Para que haja um processo, geralmente é necessário que tenha ocorrido um descumprimento de uma norma jurídica e para que esse processo seja julgado, o juiz necessita da produção de provas para conduzir ao conhecimento dos fatos ocorridos, ou seja, encontrar embasamento fático para solução do litígio.

Nesse contexto, a prova é um dos temas fundamentais do direito processual, e está inserido entre os direitos fundamentais da Constituição

Federal, que figura o direito ao devido processo legal, que associa outros princípios constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica, que garantem o direito inafastável da prova para uma solução justa do litígio (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1.100).

É importante compreender a diferença entre meios e fontes de prova. Os meios de prova são as formas pelas quais as partes produzem suas provas, sendo o mecanismo pelo qual o juiz conhece os fatos. Para tanto, leciona Didier Júnior, Braga e Oliveira “[...] os meios são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte). São fontes de prova as coisas, as pessoas e os fenômenos” (2016, p. 45).

Quando se trata da acepção de designar o ato de provar, ou o meio de prova propriamente dito, se está falando do conceito objetivo da prova, como documentos, testemunhas, a perícia, etc. Quando utilizada para designar a convicção do julgador, está se falando de conceito subjetivo da prova (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1.099).

A prova deve ser entendida como todo elemento que é levado ao processo para formação da convicção do juiz, através da apuração da veracidade das alegações e dos fatos necessários para prover a proteção judicial efetiva dos direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, além disso, possui “íntima relação com o princípio do contraditório, por viabilizar a participação no procedimento de formação da decisão, como afirma a parte final do art. 369 do CPC/2015” (LOURENÇO, 2019, p. 429). Assim, a prova é a garantia de que a decisão judicial será fundamentada considerando as provas produzidas em contraditório no processo (CARVALHO, 2017, p. 84).

Em todo o processo, o juiz busca uma solução para o conflito, mas para isso, deve-se saber qual parte está correta, ou seja, quem é o verdadeiro vencedor na reivindicação em discussão, e é por intermédio das

provas constantes do processo que o julgador encontrará subsídios e dirá quem é o vencedor dos direitos postulados (OLIVEIRA, 2008, p. 34).

O julgador busca através das provas, solucionar disputas com base na verdade real. Porém, como o procedimento não pode deixar de fornecer soluções jurídicas para as controvérsias, muitas vezes essa solução não está totalmente em conformidade com a verdade real, a qual não passa de uma pretensão inalcançável. Assim, a fim de resguardar a segurança das partes envolvidas, o juiz deve julgar de acordo com o que foi alegado e provado, não podendo fundamentar sua decisão com fatos e provas que não se encontram nos autos. O que reconhece que o direito processual se satisfaz com o que se encontra no processo, ou seja, a verdade processual (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1.104-1.105).

Sua finalidade, portanto, é permitir a criação do convencimento do juiz sobre o acontecimento, ou seja, é convencer o juiz sobre os fatos alegados, sendo que este é um dos destinatários da prova, a pessoa que precisa conhecer a verdade para tomar uma decisão. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016. p. 55-57). No entanto, a convicção do julgador como função ou finalidade da prova não, declara ser o julgador o único destinatário da prova, as partes também são destinatárias das provas, considerando que elas “pretendem demonstrar a veracidade dos fatos que alegaram, e que têm o direito de que sejam produzidas no processo todas as provas necessárias ou úteis a demonstrá-los e de discutir as provas produzidas em contraditório com o adversário e com o juiz” (GRECO, 2015 p. 106).

Dessa forma, as provas produzidas no processo possuem como principal finalidade o auxílio na formação da convicção do juiz, todavia, possuem também como propósito a utilização pelas partes que a partir delas podem traçar seus comportamentos no decorrer do processo. A possibilidade de produção antecipada de prova para “justificar ou evitar o

ajuizamento de ação” (art. 381, inciso III, do CPC/2015<sup>12</sup>) é exemplo direto desse reconhecimento.

Considerando a condição de destinatário do juiz com relação a produção de provas, cabe tecer algumas considerações com relação aos seus poderes instrutórios.

O Código de Processo Civil brasileiro reconhece os poderes instrutórios do juiz e o autoriza a determinar a produção probatória de ofício. De acordo com o art. 370 do CPC/2015<sup>13</sup>, o juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento das partes, a produção das provas necessárias para o julgamento do mérito. O papel das partes e dos juízes nas atividades de prova deve ser analisado previamente, destacando-se os poderes instrutórios de cada um, a partir do modelo de direito processual adotado no Brasil.

A controvérsia sobre os poderes instrutórios do juiz no ordenamento jurídico brasileiro está relacionada aos modelos de organização do processo. A doutrina reconhece a existência de três sistemas processuais, que estão diretamente ligados aos poderes que cada sujeito deve exercer no processo, quais sejam: adversarial, inquisitorial e cooperativo (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016. p. 86).

Pelas características do modelo adversarial de processo, nota-se sua compatibilidade com a visão privatista do processo civil, no qual, apenas as partes participam da produção probatória e da instrução processual, sem a participação do órgão julgador. Ao passo que o modelo inquisitorial revela maior compatibilidade com a visão publicista do processo, que possui maior preponderância da figura do magistrado, em situação de

---

<sup>12</sup> Art. 381. “A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: [...] III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. [...]”

<sup>13</sup> Art. 370. “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

amplo protagonismo judicial diante dos interesses privados (SOUZA, 2017, p. 38-43).

A transição do liberalismo individualista para o Estado Social de Direito resultou na publicização do processo e no incremento dos poderes instrutórios do juiz. Antes a atividade do magistrado era como mero espectador do processo, e com a transição, passou ao juiz maior poder de direção no processo (SOUZA, 2017, p. 38-43).

Nesse contexto, surgiu a doutrina denominada de garantismo processual, denominado no Brasil de “neoprivatismo processual”, com o objetivo de proteger as partes dos abusos do Estado, tendo em vista o aumento de poderes do juiz, no modelo inquisitorial (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 90).

Em paralelo, consolidou-se o terceiro modelo consagrado pela doutrina, que é o modelo cooperativo, baseado no princípio da cooperação, que busca a colaboração entre as partes para conduzir um processo cooperativo. Nesse modelo, o juiz não é o grande protagonista, nem mesmo há a predominância da vontade exclusiva do réu ou autor na relação processual, assim, deve esse modelo ser visto como meio termo entre o modelo inquisitorial e o adversarial, com o intuito de democratizar o processo, onde todos os sujeitos possam participar e cooperar entre si, para alcançarem a solução do conflito com maior eficácia (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 86-91). Nesse sentido, Cunha afirma que o modelo cooperativo é intermédio entre o modelo inquisitorial e o modelo adversarial, assim:

O juiz mantém seus poderes, mas é preciso atender aos deveres de cooperação, esclarecendo, prevenindo, auxiliando e consultando as partes. O modelo cooperativo diminui o protagonismo do juiz, mas também restringe sua *passividade*, evitando o resgate da ideia liberal do processo como uma “luta” ou “guerra” entre as partes. O modelo cooperativo baseia-se na ideia de que o



Estado deve propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, com vistas a atender à dignidade humana, caracterizando-se pelas posições coordenadas do indivíduo, da sociedade civil e do Estado (2015, p. 18).

Segundo Dalla, tanto as partes como o juízo são sujeitos do processo, possuem a responsabilidade de trabalharem de forma conjunta para obter uma decisão de mérito justa e efetiva, em tempo razoável (2020, p. 480). E esta é a previsão do art. 6º, do CPC/2015 ao estabelecer que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Ainda, deve-se levar em consideração, como referido por Didier Júnior, Braga e Oliveira, que a valorização da autonomia privada no processo somada ao garantismo processual e ao modelo cooperativo do processo, "exigem uma revisitação do tema relativo aos poderes instrutórios do magistrado" (2016, p. 91).

A legislação atual, na mesma linha que a legislação de 1973, também traz previsão sobre os poderes instrutórios do juiz. Dispõe o art. 370 do CPC/2015 que ao juiz caberá, de ofício ou a requerimento das partes, “determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, podendo ainda, indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, desde que o faça em decisão fundamentada.

Através do poder deste dispositivo, conferido ao juiz, este deve utilizá-lo para esclarecer os fatos relevantes para o julgamento da causa, considerando que é necessário que os fatos sejam todos esclarecidos. Sendo dever do juiz proferir uma sentença justa, e não tendo as partes produzidos provas suficientes, poderá o juiz, verificando que há outras provas que podem esclarecer os fatos, determiná-las (GONÇALVES, 2017, p. 598).

Questiona-se na doutrina, se a atuação do juiz na produção de provas não prejudicaria o princípio da imparcialidade, fundamento este, utilizado pelos doutrinadores que entendem pela inconstitucionalidade do art. 370, do CPC/2015 (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 92-93). No entanto, afirma Theodoro Junior, que o juiz deve contribuir na produção de provas, devendo sempre preservar o *contraditório* e o *equilíbrio*, a fim de evitar pôr em risco à sua imparcialidade (2017, p. 1.129).

Dalla, quanto ao tema entende que a atuação do magistrado na produção de provas possui amplos poderes. “A atividade probatória desenvolvida de ofício não rompe com sua imparcialidade, já que, quando o juiz produz uma prova, não tem conhecimento de a qual parte tal prova beneficiará” (2020, p. 759-760).

Há ainda, quem afirme que o juiz só deve produzir provas de forma complementar às partes e jamais substitutiva, considerando o modelo cooperativo de processo adotado pela legislação, o qual defende que não pode haver protagonismo das partes ou do juiz durante o processo, conforme entendimento dos doutrinadores Didier Júnior, Braga e Oliveira:

A melhor interpretação que se pode dar ao art. 370 do CPC, segundo nos parece, é aquela que privilegia o meio termo: atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma *atividade complementar* - uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, sendo subsiste dúvida quanto à determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la. Não se pode esquecer que, embora não seja a finalidade do processo rever a *verdade*, constitui imposição ética buscá-la, a fim de que a decisão seja mais justa possível. As regras de ônus da prova tem aplicação subsidiária: esgotadas atividades probatórias - inclusive, se for o caso, a oficial -, aí sim elas terão lugar (2016, p. 94).

Embora não componha a finalidade deste artigo questionar qual a melhor interpretação do art. 370 do CPC/2015, pois o objetivo principal é analisar as repercussões deste dispositivo diante das convenções probatórias, questão que tem dividido opiniões.

Em regra, o juiz pode determinar as provas que entender necessárias para o deslinde da causa (art. 370 do CPC/2015). Pode ainda, distribuir de forma diversa o ônus da prova, caso se convença da impossibilidade ou da excessiva dificuldade de cumprimento do encargo por uma das partes (art. 373, § 1º, do CPC/2015<sup>14</sup>).

Porém, há casos em que as partes com livre arbítrio e plena capacidade, firmam negócio jurídico processual que restringem os meios de prova (e que, via de regra, surte efeitos imediatamente, nos termos do já citado art. 200 do CPC/2015). O que coloca em cena um conflito entre o autorregramento da vontade e os poderes do juiz.

#### **4 A admissibilidade de negócio jurídico processual sobre matéria probatória e a atuação do julgador**

O atual modelo cooperativo do processo, contribui para o fortalecimento da vontade das partes por meio do autorregramento da vontade, que pode ser concretizado no processo através das convenções processuais. O CPC/2015 dispõe expressamente sobre convenções processuais em matéria probatória, ou seja, negócios jurídicos processuais típicos. A título de exemplo, cabe o art. 373, § 3º e § 4º<sup>15</sup> (convenções sobre ônus da prova) e o art. 357, § 2º (saneamento consensual).

---

<sup>14</sup> Art. 373. “O ônus da prova incumbe: [...]”; § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. [...]”

<sup>15</sup> Art. 373. “O ônus da prova incumbe: [...]”; § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.”

Conforme já referido, o CPC/2015 promoveu mudanças estruturais do processo, especialmente ao prever a cláusula geral que autoriza a formação de negócios jurídicos processuais atípicos (art. 190), possibilitando que as partes ditem consensualmente as regras do processo que participam, possibilitando a convenção pelas partes em outras disposições processuais de matéria probatória, não se restringindo, portanto, aquelas expressamente previstas pelo legislador (GODINHO, 2015, p. 193-194). No plano probatório, os juízes continuam dotados de amplos poderes instrutórios, onde em regra, podem determinar as provas que entender necessárias para o deslinde da causa, previsão contida no art. 370 do CPC/2015. Além dessa previsão genérica, a iniciativa probatória do juiz também está prevista no CPC/2015 no art. 139, inciso VIII<sup>16</sup>, relativo à possibilidade de interrogatório das partes, no art. 139, inciso VI<sup>17</sup>, que permite ao juiz a alteração da ordem e produção dos meios de prova, dentre outros.

Surgindo discussões acerca destas convenções probatórias e os poderes instrutórios do juiz, e o seguinte questionamento: o julgador fica vinculado à convenção processual probatória, que limita a produção de provas, ou pode, ainda assim, determiná-las de ofício quando entender imprescindível a sua produção para o melhor convencimento sobre o direito posto em causa?

Sobre essa questão, há opiniões doutrinárias distintas. Um admitem que as convenções probatórias podem limitar a produção de provas pelo juiz, outras, por sua vez, negam essa possibilidade.

---

<sup>16</sup> Art. 139. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confissão; [...]”

<sup>17</sup> Art. 139. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; [...]”

A doutrina que não admite essa possibilidade, baseia-se em argumentos que envolvem a limitação dos poderes instrutórios do juiz, não admitindo que as partes possam “vetar a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função judicante” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 616). Sendo ineficaz em relação ao juiz a convenção processual que negue a iniciativa probatória do juiz (WAMBIER et al., 2016, p. 322).

Defende Wambier, a impossibilidade de negócios processuais sobre provas, tendo em vista que as convenções processuais não podem limitar poderes instrutórios do juiz, pois as partes não teriam capacidade para convencionar sobre os poderes e deveres instrutórios do juiz, trazido pelo art. 370 do CPC/2015 (WAMBIER et al., 2016, p. 322).

Greco, por outro lado, admite as convenções probatórias, desde que não limite o poder do juiz de determinar de ofício a produção das provas que entender necessárias para a elucidação dos fatos, sendo nulas as convenções probatórias como “a designação de comum acordo do perito único ou a limitação da investigação probatória à produção apenas de provas orais. No sistema brasileiro, não podem as partes limitar os poderes do juiz na investigação da verdade” (2007, p. 24). No mesmo sentido, Marinoni se posiciona pela impossibilidade de as convenções processuais restringirem as provas que forem consideradas essenciais para uma devida solução do litígio. Sendo assim, não é possível a vinculação do dever do juiz de prestar a tutela jurisdicional com convicção (2019, p. 06).

O Enunciado de número 36, publicado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) em 2015, visando orientar a magistratura nacional na aplicação do Código de Processo Civil de 2015, dispõe que a norma prevista no art. 190 da lei não autoriza as partes a celebrarem negócios jurídicos processuais atípicos que afetem

poderes e deveres do juiz. Em seu rol exemplificativo consta que não é possível a celebração de convenção entre as partes, que limite os poderes de instrução do julgador, havendo a impossibilidade de realização de negócios que vedem a produção de provas de ofício pelo magistrado.

De modo diverso, tem as opiniões que defendem a possibilidade de convenções probatórias que limitam a produção de prova pelo juiz. Godinho as define como “acordos ou convenções processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção da prova, podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova” (2015, p. 195). Afirmam Didier Júnior, Braga e Oliveira, sobre a possibilidade das partes dispuserem sobre o seu direito de produzir provas:

A parte pode expressamente dispor do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante acordo firmado com a parte adversária (pode ser que as partes resolvam firmar um acordo de, por exemplo, não realização de perícia; elas podem imaginar que não vale a pena aguardar pela produção dessa modalidade de prova para que o litígio alcance um desfecho). Pode ser, ainda, que uma das partes, sozinha, resolva expressamente abrir mão da perícia, ou de qualquer outro meio de prova. Não há *inércia*, mas *vontade manifestada*: não se quer a produção de determinado meio de prova (2016, p. 94).

Didier Júnior, Braga e Oliveira, entendem que os negócios processuais atípicos, que versam sobre prova, devem ser observados não só pelas partes, mas também pelo magistrado, que fica vinculado ao negócio e não pode determinar de ofício a produção de prova, com fundamento do art. 370 do CPC/2015, e na hipótese de negar-lhe eficácia ou vinculação, estará tomando exclusivamente para si o protagonismo na produção probatória. Caso persista dúvida sobre a ocorrência dos fatos, cabe ao juiz julgar pelas regras do ônus da prova (2016, p. 94-95). Cabral, em sentido parecido, afirma que “o juiz se vincula sim, mas apenas aos

acordos processuais válidos”, ou seja, desde que dentro dos limites impostos aos negócios jurídicos processuais e gerais (2016, p. 259).

Além disso, levando em conta o modelo cooperativo do processo, não há dúvidas que a atividade probatória não se destina apenas ao juiz, mas também as partes do processo, sendo ambos destinatários das provas. Nesse sentido, se o processo não pode ser considerado como “coisa das partes”, igualmente o processo e a prova não devem ser vistos como “coisas do juiz” (GODINHO, 2015, p. 196). O atual modelo, por meio da legislação incentiva a cooperação no processo e garante a autonomia das partes, que através do autorregramento da vontade, exercem sua função probatória não havendo nenhum óbice a realização de convenções probatórias pelas partes.

Ainda, se o juiz, com base no art. 464, inciso II, do CPC/2015<sup>18</sup>, tem o poder de indeferir provas que entender desnecessárias, “não se pode negar às partes o poder de afastar ou limitar a produção dos meios de prova que entenderem despiciendos ou demasiadamente onerosos”. O que reforça a ideia de que, além de as partes serem destinatárias da prova, são também conhecedoras do caso concreto, e em vista disso, as mais aptas a delinear o quadro probante dos autos (MAFFEISSONI, 2020, p. 131).

Todo tipo de negócio processual, de alguma forma, influencia na atuação do juiz. Pode-se citar como exemplo, quando as partes elegem a cláusula de eleição de foro, que modifica a competência relativa. Assim também é a convenção que limita os meios de provas, a qual restringe o poder do juiz de determinar de ofício a produção de prova, por meio diverso do pactuado (PEREIRA, 2019, p. 97), bem como, quando o juiz dispensa a produção de provas, por se declarar “satisfeito” com o que já

---

<sup>18</sup> Art. 464. “A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. [...] II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; [...]”

foi produzido nos autos, ato de cunho autoritário e desacertado, por limitar o direito de defesa das partes (GODINHO, 2015, p. 197).

Tendo em vista que a atividade probatória já é limitada pelo próprio ordenamento, e, portanto, a “verdade real” é inalcançável no processo. “O estabelecimento de limitações consensuais é apenas mais uma possibilidade autorizada pelo ordenamento”. Deste modo, “o rechaço aos acordos probatórios enseja, na realidade, uma recusa a admitir o autorregramento da vontade no processo e revela a exacerbação do protagonismo judicial” (GODINHO, 2015, p. 196). Portanto, sendo a instrução limitada pelo próprio sistema, não há razão para que não possa ser limitada pela vontade das partes, com fundamento no autorregramento da vontade e na liberdade, pois estas são os mais interessados no resultado da decisão. Logo, uma decisão que não respeite a vontade das partes não pode ser considerada justa (MEDEIROS; JOBIM, 2017, p. 336).

Evidencia-se que as convenções celebradas por agentes plenamente capazes, que convencionam limitando os meios de prova, e que, via de regra, sendo válidas e existentes (art. 190, p. único, do CPC/2015), produzem efeitos imediatamente e independem de homologação do juiz, que não poderá negar-lhe eficácia, nos termos do art. 200 do CPC/2015.

Em vista disso, a partir do momento em que o juiz controla a validade das convenções, de ofício ou a requerimento (art. 190, p. único, do CPC/2015), entendido por alguns doutrinadores como “homologação tácita”, as cláusulas convencionadas pelas partes integram o procedimento a ser seguido no processo, ou seja, “o juiz, ao proceder ao controle do ingresso do negócio jurídico no feito, atestando a validade de suas cláusulas, vincula-se ao seu conteúdo, especialmente no que diz respeito às possibilidades probatórias”. Dessa forma, não pode o juiz ir contra o



que foi convencionado pelas partes, porque incidirá a preclusão lógica sobre o referido ato (FONSECA, 2016, p. 310-311).

Dessa forma, resta inibida a produção probatória de ofício pelo juiz, o qual fica vinculado à convenção probatória que limita os meios de prova. Nem mesmo se o julgador verificando a insuficiência para revelar os fatos e a necessidade de outros meios de prova para julgar o processo, justificam a determinação de ofício de outros meios de prova, devendo este utilizar os preceitos, os ônus da prova para julgar as questões (FONSECA, 2016, p. 311).

Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, é vedado é o *non liquet*. É aí que entra a segunda perspectiva pela qual se põem enxergar as regras sobre o ônus da prova: trata-se de regramento dirigido ao juiz (uma regra de julgamento) que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência, ao cabo da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016. p. 111).

Diante das divergências doutrinárias existentes, revela-se necessária a análise da jurisprudência sobre o tema.

É de se referir inicialmente sobre a possibilidade da realização de negócio processual atípico, de acordo com o julgamento do recurso do Agravo de Instrumento nº 2002087-65.2018.8.26.0000 de 17/04/2018, da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, evidencia-se a possibilidade de o negócio processual atípico para prever medidas constritivas contra o devedor, anulando a decisão do juízo de primeiro grau que havia julgado pela inconstitucionalidade do art.190 do CPC/15. Extrai-se da fundamentação apresentada no acórdão, que “a partir do advento do novo CPC, é possível às partes celebrarem negócio jurídico processual, amoldando as normas processuais de acordo com os

seus interesses - Negócio jurídico celebrado entre partes plenamente capazes.”

No que se refere à prevalência da autonomia da vontade, destaca-se Apelação Cível, Nº 70075492462, da Décima Sexta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS, que publicou uma decisão em 26/10/2017, decidindo pela anulação da sentença de 1º grau, pois não foi respeitado pelo juiz o negócio jurídico processual firmado pelas partes que acordava pela realização de uma segunda audiência de conciliação, para em seguida iniciar o prazo para contestação da parte ré. Observa-se que no acordão houve a prevalência da vontade das partes, que não pode ser ignorada nem pelas partes nem pelo julgador.

Ainda, cabe colacionar trecho do voto proferido pela relatora Leticia de Santis Mello no julgamento do recurso de Apelação na 2ª Vara Federal do Rio de Janeiro nº 0015315-50.2010.4.02.5101 de 15/06/2018, o qual refere que o juiz fica vinculado aos termos da convenção probatória realizada pelas partes:

A atividade probatória do juiz deve ser exercida em caráter suplementar: somente poderá determinar, de ofício, a produção de novas provas se, diante das provas produzidas pelas partes, surgi-lhe dúvida quanto a fato relevante para o julgamento. Excepcionados apenas os casos em que verifique a hipossuficiência de uma das partes no processo, quando, então, caberá o juiz adotar uma postura mais atividade no exercício da atividade probatória. Ainda, assim, não cabe ao juiz determinar a produção de prova a que a parte tenha expressamente renunciado, ou seja, desrespeitar a vontade que tenha sido expressamente manifestada.

Dessa forma, é imprescindível destacar que a jurisprudência sobre a vinculação ou não do juiz às convenções probatórias encontra-se ainda em formação, visto que na pesquisa realizada não foi encontrado jurisprudência que trata especificamente sobre o referido tema. No

entanto, já é possível analisar pelos julgados citados o reconhecimento da celebração dos negócios jurídicos processuais atípicos, a importância da autonomia da vontade das partes na celebração dos acordos e a vinculação do juiz às convenções probatórias.

### **Considerações finais**

O presente estudo abordou a problemática dos negócios jurídicos processuais, especificamente sobre convenção probatória, que limita a produção de provas e a influência que essa convenção tem sobre os poderes instrutórios do juiz. Nesse caso, a iniciativa probatória do juiz, prevista no art. 370 do CPC/2015, entraria em conflito com a autonomia da vontade das partes.

A partir da análise do instituto dos negócios jurídicos processuais, restou demonstrado que o CPC/2015, implantou a autorização para a formação de negócios jurídicos processuais atípicos, por meio do art. 190 e dos princípios do autorregramento da vontade e da liberdade. Sendo, que através desses princípios a liberdade das partes no processo é ampliada, de modo que, a observância da vontade das partes é fundamental para a condução do procedimento. Ainda, o CPC/2015 forma um alicerce que instituiu um novo modelo processual: o modelo cooperativo, expresso no citado art. 6º do CPC/2015, que fortalece a autonomia da vontade das partes, pois confere a ela função mais participativa no processo de formação da decisão. Essa ideia de cooperação promove a atuação conjunta de todos os sujeitos processuais para alcançar o melhor resultado para cada situação concreta.

Em vista disso, faz despertar a atenção para os negócios jurídicos processuais, que versam especificamente sobre prova. A atuação das partes ganha maior importância, pois a produção probatória permite que

as partes influenciem na formação do convencimento do juiz, que é um dos destinatários das provas juntamente com as partes.

Conforme o que foi analisado, tem-se que não se pode excluir a previsão do art. 190 do CPC/2015, pela existência do que dispõe o art. 370 do CPC/2015, do mesmo diploma normativo. Pois apesar de aplicável a sua disposição, ela sofre limitações que foram impostas pela existência de convenção probatória, seja porque as partes têm esta autorização prévia através da cláusula geral de negociação processual prevista no art. 190 do CPC/2015, seja porque o processo civil após o implemento do CPC/2015 comporta o modelo cooperativo do processo, e que através destes negócios atípicos decorre o respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.

Desta forma, a título exemplificativo, caso as partes negociem que em determinado processo só será admitida prova documental, essa delimitação deve ser observada como um limite aos poderes instrutórios do juiz, não podendo este determinar, de ofício, e contra a vontade das partes, a realização de outro tipo de prova.

Além disso, sinala-se que toda a convenção processual, como a convenção típica, repercute nos poderes instrutórios do juiz, assim sendo, a própria legislação restringe os poderes instrutórios, não sendo diferente com convenção probatória que limita a produção de provas, só que de forma consensual, mas igualmente prevista em lei.

Portanto, a partir da análise dos negócios jurídicos processuais, do instituto das provas do processo civil, percebesse-se que expressamente, não há nenhuma disposição que proíba a realização de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. Ao contrário, o Código de Processo Civil de 2015, em suas disposições, orienta que o respeito ao autorregramento da vontade no processo civil deve existir. Dessa maneira, diante de convenção das partes existentes, válida e eficaz, que limita os

meios de provas a ser produzidas, além de vincular as partes, vincula também o juiz, o qual deve se abster de determinar, de ofício, a produção das provas vedadas pelas partes. E, caso o conjunto probatório for insuficiente para julgamento, caberá julgar a demanda com base nas disposições relativas ao ônus da prova.

## Referências

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 15 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil (2015). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 10 maio. 2020.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal (1988). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CARVALHO, Samanta Araújo **Análise Crítica Acerca do Negócio Jurídico Processual para renúncia de determinadas provas: uma (des) necessidade de juiz?**. Revista CEJ, Brasília, ano XXI, n. 71, p. 78-92, jan./abr. 2017. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-CEJ\\_n.71.07.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.07.pdf)> Acesso em: 10 mar 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 1.

DALLA, Humberto Bernardina de Pinho. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, 2015. **Enunciados**. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2021.

FONSECA, Carlos Medeiros. Poderes Instrutórios do juiz e o negócio jurídico processual: uma breve análise do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa, ano 2, n.2, p. 297-316, 2016. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicaca/revista-juridica-lusobrasileira-ano-2-2016-n-2/163>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FÓRUM PERMANETE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, Florianópolis. **Enunciados**. Disponível em: <<http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2021.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 1.

GONÇALVES, Analu Colonnezi. **Negócios jurídicos processuais**: uma análise dos limites do poder negocial das partes à luz do CPC de 2015. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2016. Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Analu%20Colonnezi%20Gon%C3%A7alves.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: Processo de Conhecimento. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. II.

\_\_\_\_\_, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 1, out-dez. 2007. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657>> Acesso em: 20 mar. 2021.

\_\_\_\_\_, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 3, v. IV, p. 4-28, jul./dez. 2009. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21605/15632>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luis Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. **Revista de Processo**, ano 41, v. 260, out. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.260.02.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.260.02.PDF)>. Acesso em: 12 nov. 2020.

HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luis Fernando. Fundamentos principiológicos dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 3, p.242-278, dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X2017v12n3p242. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/32250/22689>>. Acesso em: 22 out. 2020.

JOBIN, Marco Félix.; MEDEIROS, Bruna Bessa. O impacto das convenções processuais sobre a limitação de meios de prova. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 18, ano 11, n. 1, p. 325-345, jan. a abr. 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/1512>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

LOURENÇO, Haroldo. **Processo Civil Sistematizado**. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAFFESONI, Behluna Ina Amaral. **Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/33477>>. Acesso em 14 de mar. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Convenção Processual sobre prova diante dos fins do Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, vol. 288, p. 127-153, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad82d9b0000178a3ad3314a6752f47&docguid=I28529ad0188511e9aad201000000000&hitguid=I28529ad0188511e9aad201000000000&spos=1&epos=1&td=3925&context=41&crumb-action=append&crumb-label=Documento&is>>

DocFG=true&isFromMultiSumm=true&start Chunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 abr. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. – Salvador: Jus Podivm, 2016.

OLIVEIRA, Fátima das Dores Wiggers. **Provas no Processo Civil**. 2008. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí –Tijucas, 2008. Disponível em: <<http://siaibibo1.univali.br/pdf/Fatima%20das%20Dores%20Wiggers%20Oliveira.pdf>>Acesso em: 11 maio 2020.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Negócios Jurídicos Processuais Sobre Presunções**: Uma Convenção Probatória. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: <[REDONDO, Bruno Garcia. \*\*Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro\*\*: existência, validade, eficácia. 2019. Tese \(Doutorado em Direito\) – Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22644>> Acesso em: 15 out. 2020.](http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/40059#:~:text=Neg%C3%B3cios%20jur%C3%ADdicos%20processuais%20sobre%20presun%C3%A7%C3%B5es%3A%20ouma%20conven%C3%A7%C3%A3o%20probat%C3%B3ria.&text=Para%20tanto%2C%20a%20pesquisa%20foi,cujo%20objeto%20%C3%A9%20a%20presun%C3%A7%C3%A3o.></a>>. Acesso em: 02 mar. 2020.</p></div><div data-bbox=)

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível nº 0015315-50.2010.4.02.5101**. Apelante: Renaissance Do Brasil Hotelaria Ltda e União Federal. Apelado: os mesmos. Relator: Letícia de Santis Mello. Rio de Janeiro: 08 maio 2018. 4ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Disponível em: <[RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. \*\*Apelação Cível nº 70075492462\*\*. Apelante/Apelado Tiago Leonardo Kaercher e S & K Produtos para a Saúde LTDA.](https://www10.trf2.jus.br/portal?movimento=cache&q=cache:BfKA_eZaXhcj:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201051010153151%026coddoc%3D987224%26datapublic%3D2018-0618%26pagdj%3D313%2520e%2520segs.+0015315-50.2010.4.02.5101+0015315-50.2010.4.02.5101&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access =p&oe =UTF-8></a>>. Acesso em: 02 maio 2021.</p></div><div data-bbox=)



Apelado: Alliage SA Industrias Medico Odontológico. Relator: Paulo Sérgio Scarparo. Porto Alegre: 26 out. 2017. Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa)>. Acesso em: 05 maio 2021.

SANTOS, Vinícius Eduardo Pereira. **Prefixação do ônus de prova por meio de negócio jurídico processual**. 2017. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) – Pontifca Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2017. Disponível em: <[https://www.academia.edu/40822161/Prefixa%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_%C3%B4nus\\_de\\_provas\\_por\\_meio\\_de\\_neg%C3%B3cio\\_jur%C3%ADdico\\_processual](https://www.academia.edu/40822161/Prefixa%C3%A7%C3%A3o_do_%C3%B4nus_de_provas_por_meio_de_neg%C3%B3cio_jur%C3%ADdico_processual)>. Acesso em: 15 mar 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2002087-65.2018.8.26.0000**; Agravante: Bimbo do Brasil Ltda. Agravados: Jm Saito e Cia Ltda, Supermercado Saito Morato Ltda, Supermercado H Saito Ltda, Supermercado Box Saito Ltda, Mini Mercado Novo Modelo Ltda, Comercial Saito Ltda e Naoto Carlos Saito. Relator: Sergio Gomes. São Paulo: 17 abr. 2018. 37ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11374280&cd\\_Foro=0](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11374280&cd_Foro=0)>. Acesso em: 02 maio 2021.

SOUZA, Gabrielly Tamirys Barbosa. **Os poderes instrutórios do juiz diante de um negócio jurídico processual sobre prova**. 2017. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, 2017. Disponível em: <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Gabrielly%20Tamirys%20Barbosa%20de%20Souza.pdf>>. Acesso em: 02 dez 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

## **Processo penal e dissonância cognitiva: obstáculos à um sistema acusatório**

*Mariana Sperafico Batista<sup>1</sup>*  
*Rodrigo Graeff<sup>2</sup>*

### **Introdução**

O presente estudo se debruça sobre a temática da relação existente entre a contaminação cognitiva do juiz com o inquérito policial à luz de sua imparcialidade no processo penal. O tema visa a análise sob o aspecto constitucional e infraconstitucional da questão, verificando se o magistrado, ao ter contato com os elementos investigativos do caso concreto, possibilita a compatibilidade com o sistema processual penal positivado, com a reforma do Código de Processo Penal, trazida pela Lei n.º 13.964/19, e com o estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, se dispõe a analisar a problemática a qual está ligada acerca da necessidade ou não da exclusão do inquérito policial para concretizar o sistema processual penal acusatório, nos termos do art. 3º-A, do Código de Processo Penal. Nesse aspecto, se averiguará as adaptações da legislação pátria frente à ordem constitucional, bem como os critérios para a construção da forma investigativa do caso e a captura psíquica do julgador frente a estes aspectos.

Assim sendo, diante da problemática estabelecida, a pesquisa será estruturada em três tópicos. No primeiro tópico, terá como objetivo

---

<sup>1</sup> Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus de Soledade. E-mail: melbatista2@gmail.com; link para o currículo na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0104408939629166>

<sup>2</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientador da pesquisa realizada. E-mail: rgraeff@upf.br

abordar acerca da forma de estruturação do inquérito policial e a formação do convencimento do julgador à luz da teoria da dissonância cognitiva. Assim, nesse viés reflexivo, será abordado sobre o convencimento do julgador diante do inquérito policial, espelhando-se na originalidade cognitiva desse através da análise da teoria da dissonância cognitiva, estudando as características do comportamento e reflexo que o magistrado tem frente dos elementos investigativos do caso concreto.

Logo em seguida, no segundo tópico, será examinado sobre a necessidade da exclusão física das peças do inquérito policial nos autos processuais, através da observância das novas formas de estruturações advindas pela Lei nº 13.964/19. Tal abordagem se dará especialmente diante das recentes alterações advindas na sistematização do processo penal, sendo que, entretanto, se encontra suspensa por ordem do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, objetivando demonstrar a atual posição prática em que se encontra amoldado o processo penal brasileiro, far-se-á uma análise quanto à insistência punitivista que ainda permeia o procedimento criminal pátrio. Ademais, tal ponto terá como escopo analisar a atual posição do Supremo Tribunal Federal no que relaciona-se com a aplicabilidade do juiz das garantias, especialmente no que diz respeito a exclusão física do inquérito policial da ação penal.

A fim de concretizar a presente pesquisa, o tipo de investigação adotada será, preponderantemente, jurídico, teórico e legal, com ênfase aos aspectos conceituais, doutrinários e legais, sobre a temática central da presente análise. Desse modo, será lançado mão de pesquisa bibliográfica, análise de projetos de lei e de análise da legislação. Nesse aspecto, o presente artigo terá o aspecto multidisciplinar, tendo em vista a necessidade de se buscar elementos constantes tanto no direito material e processual penal, bem como de direito constitucional.

Destarte, em razão das grandes alterações advindas pela Lei nº 13.964/19, especialmente com a inclusão da figura do Juiz das Garantias na sistemática penal, bem como pela consagração do sistema processual penal acusatório, nota-se a necessária análise da presente pesquisa, especialmente no que se relaciona com os aspectos positivos ou negativos que podem ser resultado no momento da eficácia destes dispositivos. Ademais, a relevância prática, teórica e da atualidade da temática, se desmembra no momento propício para se discutir as inovações práticas do processo penal, principalmente no que concerne na imparcialidade do magistrado frente a tais dispositivos.

Assim, estudo terá como norte a maneira de comportamento do julgador frente ao julgamento da ação penal e seu papel no sistema penal vigente. Será explanado tal questão a partir da teoria da dissonância cognitiva, a qual será objeto de análise acerca das consequências de comportamentos e posicionamentos que ocorrem no momento em que o julgador detém, ainda que inconscientemente, por meio do contato com os elementos informativos do caso concreto. Muito além disso, será uma análise de compatibilidade entre o direito e a psicologia, analisando tanto o aspecto prático processual e comportamental do julgador, explorando-se, nesse sentido, as formas e maneiras para se concretizar as normas processuais à luz do que impõem as normas constitucionais do ornamento jurídico.

### **1 O inquérito policial e a formação do convencimento do julgador à luz da teoria da dissonância cognitiva**

O convencimento do juiz, conforme exposto até então, é um dos pontos chaves para a formação e elaboração da sentença penal, seja ela condenatória ou absolutória. Por esse motivo, a captura psíquica do magistrado pode ser refletida de diferentes âmbitos no processo penal, eis

que se relaciona com a valoração da instrução processual, sendo que isto deve estar relacionado com o que emana a Lei Maior.

Destarte, a limitação do Poder Estatal deve ser analisada com um olhar mais técnico e profundo do que meros artigos de leis; isso porque o convencimento do julgador pode se desmembrar em diversos fatores que ocorrem durante a instrução do processo penal que, se não forem analisados com cautela, poderá acarretar no descumprimento de normas regulamentadoras primordiais para assegurar o processo penal com o modelo acusatório no ordenamento jurídico brasileiro.

No processo penal, o magistrado, que representa o Estado, deve ser terceiro, com o fim de assegurar sua imparcialidade nos atos de julgamento e pré-julgamentos na resolução do caso penal, independentemente de ser a favor da acusação ou defesa. A imparcialidade é uma base técnica artificial do processo, mas não deve ser confundida com a “neutralidade”, visto que o juiz possui seus princípios já definidos. Porém, deve ser imparcial cognitivamente, ou seja, um afastamento subjetivo dos jogadores e da solução do caso penal. Assim, é importante que o juiz não tenha tido um envolvimento prévio com o caso penal, gerando pré-juízos, nos quais podem resultar um grande prejuízo cognitivo, possuindo uma ignorância cognitiva em relação ao conteúdo probatório do processo (MORAIS, 2016, p. 329-330).

Seguindo a observância realizada no parágrafo anterior, é de se destacar a importância que a imparcialidade do julgador no processo penal possui, razão pela qual é um dos princípios abrangidos pela Constituição Federal e, inclusive, marco principal e primordial para a concretização do sistema acusatório. Nesse sentido, a base para que se gere uma sentença com a devida imparcialidade necessária, respeitando os limites constitucionais impostos, exige que o juiz não tenha criado o condão prévio de punição ou absolvição sem respeitar o devido processo legal,

devido atentar para as provas obtidas em juízo, impedindo que venha a ocorrer qualquer violação aos direitos fundamentais e individuais do acusado. É, portanto, conforme visto, meio mais adequado para que ambas as partes adquiram a oportunidade de demonstrar suas teses, defensivas ou acusatórias, no mesmo patamar de possibilidades, respeitando o contraditório e ampla defesa.

Ademais, reconhecer o valor da imparcialidade como importante vetor para o processo penal acusatório permite, também, questionar as possíveis práticas que a coloque em desuso, sendo que, involuntariamente, poderá resultar na infração do sistema em sua totalidade. Nesse sentido, se pode analisar o caso do contato do julgador com o material produzido no inquérito policial, o qual sentencia valendo-se de elementos meramente informativos. Recapitulando o que foi observado nos pontos até então abordados, as características do procedimento investigativo são baseadas unicamente em indícios de materialidade e autoria, sendo que, para a formação desses, não há observância capaz de integralizar o cumprimento dos princípios basilares essenciais do processo.

É, portanto, necessário atentar-se, neste ponto sobre a teoria da dissonância cognitiva, que contribui para a compreensão da (in)existência de condições do cumprimento da imparcialidade no processo penal, no qual, atualmente, por mais que houve mudanças significativas no ordenamento jurídico criminal, ainda tolera-se que o julgador tenha o poderio de se valer de tais elementos meramente informativos. Todavia, a cognição do julgador é observada muito além do aspecto objetivo, possibilitando a compreensão subjetiva dos efeitos gerados pelo próprio magistrado julgador da causa, ao ser permitido o contato com elementos rasos para julgamento do caso concreto.

A dissonância cognitiva está intimamente ligada à imparcialidade do julgador, podendo traduzir esse processo perceptivo com ênfase na

primeira impressão, resumindo-se em obtenção de uma cognição inicial sobre alguém, sendo que a tendência do indivíduo é preservá-la, objetivando evitar o rompimento do seu estado de consonância. Ademais, sobrevivendo qualquer tese contrariando sua cognição inicial, as quais modificam a primeira impressão, ocorrerá processos involuntários destinados ao reestabelecimento e concretização da impressão inicial. Portanto, ao se referir sobre a teoria da dissonância cognitiva no processo penal, se deve atentar para o que diz respeito à originalidade cognitiva e à importância de sua manutenção no subconsciente do julgador. Tal teoria é essencial para a preservação da imparcialidade, e mantém o magistrado como terceiro na instrução processual, somente devendo agir se provocado (RITTER, 2019, p. 130-131).

Nesse sentido, é notório a influência que a originalidade cognitiva possui frente à construção do convencimento do magistrado e sua imparcialidade frente ao caso concreto; isso porque é um dos caminhos essenciais para que se efetive, de modo íntegro, as exigências do sistema acusatório. Portanto, o direito se interliga com a própria psicologia social, perfazendo análises que afetam diretamente no convencimento do juiz ao elaborar a sentença penal, razão pela qual é perceptível o quanto o subconsciente do julgador pode ser contaminado tendo contato com elementos investigativos. Admite-se que, quando há o contato com a produção anterior ao processo, esse impacto afetará, conseqüentemente, a forma do julgador analisar o caso na própria instrução processual.

Logo, se verifica que a forma de análise do magistrado ao caso concreto pode-se resumir, muitas vezes, a suas concepções particulares e, desse modo, qualquer forma de capturar seu julgamento com elemento sem estar abarcado com dialética do processo poderá dar gatilho para que o juiz, desde o início da ação penal, já possua seu julgamento definido. Além disso, tal conduta pode ser vista mais subjetivamente, eis que pode

resultar na função de instrutor no processo penal; isso porque, após estar certo de sua íntima convicção, a busca de elementos para fundamentar sua decisão é notória e, por consequência, a função do julgador poderá se confundir com a da acusação, podendo abarcar as características do sistema inquisitório. Sendo assim, a convicção antecipada do caso concreto, com elementos inquisitoriais de análise inicial pelo juiz, propicia meio para que o sistema inquisitório ainda tenha espaço no ordenamento jurídico brasileiro.

A pré-compreensão do magistrado é resultante de suas experiências e concepções particulares, sendo que estes são os traços específicos que demarcam seus métodos de julgamento, o que o diferenciará dos demais indivíduos. Isso se traduz em razão de que os elementos pré-compreensíveis abrangem o ambiente externo, estando diretamente interligado com as aspirações pessoais no que diz respeito ao próprio entendimento do juiz. É importante mencionar que o prolator da decisão judicial carrega, no momento do exercício da função, toda a carga das experiências de vida, suas convicções ideológicas, seus pré-juízos, suas frustrações e preferências e, por conseguinte, qualquer elemento pré-conceitual poderá induzi-lo a um julgamento antecipado, fazendo com que este busque elementos para fundamentar sua decisão, configurando como juiz instrutor (KHALED; MORAIS, 2014, p.07).

Portanto, os elementos meramente informativos podem afetar diretamente a destinação da conduta do juiz perante o processo, isso se dá em razão de que, se o julgador possuir contato com determinados elementos, principalmente aqueles sem a abrangência do devido processo legal, percebe-se, pelas reflexões expostas, que a matriz inquisitorial se instala no procedimento, sendo que o magistrado tende a justificar sua concepção prévia na própria instrução processual. Entretanto, além disso, tal circunstância poderá acarretar na violação da dialeticidade processual,



quebrando o próprio preceito do sistema processual do processo penal e, conseqüentemente, na violação das garantias constitucionais.

Nesse sentido, percebe-se que a dialética processual é importantíssima para a formação da estruturação acusatória, razão pela qual é essa fase em que haverá a proteção e o cumprimento das normas constitucionais proporcionadas ao acusado, igualando as formas de argumentações e chances para a busca da sentença favorável a qualquer das partes. À vista disso, o processo penal estará com seu fundamento de instauração não somente firmado em meros conceitos teóricos, mas também em sua aplicabilidade no que tange a propiciar a igualdade entre indivíduo e o Estado perante o julgamento do suposto delito cometido.

A função do juiz pode ser perceptível no que tange às formas do mesmo se portar na gestão probatória e seu contato com provas produzidas sem respeito aos mandamentos constitucionais do processo penal. Desse modo, para muitos, a imparcialidade deve ser vista com mais de um ângulo, sendo que assim se vislumbrará as formas em que a área cognitiva do julgador pode ser atingida no momento que possui concepções antecipadas do fato narrado, causado pela má aplicabilidade das regras do sistema.

A forma psíquica do julgador está introduzida na própria forma de análise da imparcialidade deste no processo penal; isso porque a referida garantia deve ser vista objetivamente e subjetivamente. A imparcialidade objetiva se traduz na ausência de pré-conceitos e pré-julgamentos que o juiz, não raras vezes, faz acerca do objeto do julgamento. Contudo, no que tange à imparcialidade subjetiva, esta está conexas em relação a forma de atuação do magistrado com as partes do processo, que deve manter afastamento de qualquer causa pessoal que possa influenciar na sua decisão. (BADARÓ, 2017, p.17).

Seguindo a análise do parágrafo anterior, a forma psíquica do julgador impacta fortemente na forma de analisar o caso em comento. É, portanto, nesse viés que vislumbra-se a necessidade de haver a cautela ao ser valorados os atos informativos da investigação policial, os quais limitam a aplicação dos princípios constitucionais do processo, bem como também os critérios exigidos para a efetivação do sistema acusatório. Toda a retórica sobre a necessidade de concretização aos mandamentos do Estado Democrático de Direito pode ser evidenciado neste ponto, eis que apesar de existirem limites a serem observados na legislação, muitos fatores podem influenciar o julgador, antes mesmo de analisar a tese defensiva, ou o próprio conjunto probatório a ser construído no processo judicial, acarretando nas discrepâncias dos julgamentos.

As formas para que a originalidade cognitiva se desmembre no modo da aplicabilidade das regras do procedimento criminal já estão postas, eis que, consoante à ideia trazida pelo doutrinador, a imparcialidade estará concretizada no momento em que o julgador da primeira fase não poderá atuar na fase processual, ou seja, dessa forma se evitará que o magistrado construa pré-julgamentos antes mesmo de ser apresentado o conjunto probatório do processo. Destarte, os elementos de convencimento do juiz deverão ser alcançados pela prova produzida em juízo, evitando-se, assim, a contaminação do subconsciente do julgador com suposições do fato, bem como garantindo a valoração do lastro probatório produzido no contraditório.

Nesse sentido, por todo o exposto, fica claro que há razão para haver cautela ao se valorar elementos superficiais do crime; isso porque a problemática não se limita apenas a elementos jurídicos ou doutrinários da legislação, mas também à forma como o procedimento é desenvolvido em sua aplicabilidade, podendo acarretar em meios e formas de atingir áreas de diversas aspirações do processo penal. Assim, nesse viés de

interpretação, percebe-se que a imparcialidade do julgador deve ser preservada em qualquer circunstância, até porque tal posição é garantia constitucional e principiológica da base do processo penal, por meio da qual se evita a interpretação viciada do julgador em eventual contato com os elementos investigativos do crime.

Desse modo, é nesse viés de interpretação que se pode relatar a função dos elementos da principiologia no processo penal, especialmente no que refere-se à formação da logística processual. O construir do processo penal deve ser observado nas aplicabilidades das garantias normativas constitucionais, até porque é a partir das interpretações destas que se pode estruturar a forma de julgar, inclusive sendo instrumento para limitar qualquer meio de contaminações ou mesmo de morfologias arcaicas que ainda vigem no ordenamento jurídico brasileiro, bem como impedindo que haja induzimentos prévios que, em muitas vezes, podem acarretar em julgamentos infundados e carentes de reforma.

## **2 A necessidade da exclusão física das peças do inquérito policial à luz da importância da originalidade cognitiva no processo penal**

A base do processo penal deve se fundamentar no sistema acusatório e na estruturação constitucional; isso porque a interpretação da instauração da ação penal deve ser vista e analisada como possibilidade de igualar indivíduo e Estado em uma relação processual, visando julgar o caso concreto, respeitando-se elementos protecionistas mínimos. Nesse contexto e conjuntamente com o que foi exposto até então, é notória a necessidade de lembrar quais os requisitos e formas essenciais para que o sistema acusatório e os ditames legais, em respeito à Lei Maior, impõem.

Em razão disso, destaca-se que a legislação está constantemente em inovações, buscando mecanismos e formas para se adequar à realidade fática da sociedade. Contudo, em muitas vezes, diversas alterações são expostas, e persistem na violação da base do sistema penal, sendo que tais

alterações, ao invés de acarretar em meios para evolução, persistem em apresentar modelos e formas inquisitoriais para analisar o caso concreto.

Nesse contexto, é imperioso ressaltar a importância do papel do juiz na estruturação e garantia da forma processual; isso porque é dele a responsabilidade de manter assegurado todas as proteções impostas na legislação vigente. É em razão disso que o processo exige que haja um fiscalizador para controlar eventuais vícios e irregularidades que podem afetar a estruturação do processo, desde sua instauração até o seu final.

O processo penal, o qual visa o julgamento através de um terceiro imparcial, está estruturado a partir da posição do juiz, eis que tal função é crucial para o equilíbrio do sistema de administração da justiça e do processo. Ademais, tendo em vista que o princípio da imparcialidade é supremo, deve ser, portanto, compreendido no sentido de que somente com a configuração de um processo penal acusatório, que mantenha o magistrado afastado da produção probatória na instrução processual, poderá se criar a possibilidade de obtenção de um juiz imparcial para o julgamento da ação penal (LOPES, 2020, p. 212-213).

Portanto, se vislumbra que o magistrado figura como um papel importante para a concretização do sistema acusatório. Isso porque, segundo exposto no item anterior, para que haja o respeito às normas constitucionais e processuais impostas, é necessário haver cautela para que os elementos apresentados não sejam baseados em indícios, produzidos sem o crivo do contraditório, podendo ocasionar julgamentos antecipados, desvirtuando toda a objetivação da forma constitucional do processo, culminando em decisões baseadas em argumentos errôneos e inquisitórios, mantendo o retrocesso do processo penal. Portanto, a aplicabilidade da norma penal deverá ser observada sob o crivo constitucional, impedindo que haja ainda na legislação penal a dissonância com o próprio sistema processual.

Nesse sentido, há que se relatar que, apesar das inovações advindas na legislação processual penal para que o inquérito policial seja retirado dos autos processuais, muitas vezes essas mudanças de mecanismos não seguem um roteiro de conexão entre si. É visivelmente possível observar a controvérsia entre si na legislação penal brasileira, a qual ainda permanece com resquícios de inquisitorialidade e, além disso, muitas das inovações advindas recentemente que se introduziram na nova sistemática processual deixam lacunas, possibilitando ainda a manutenção de aplicabilidade inquisitória dentro do processo penal, impedindo um avanço tanto na interpretação de aplicabilidade das normas, bem como da forma processual.

Todavia, a concretização do devido processo legal está alicerçada ao que expressamente prevê a matriz constitucional, devendo o papel da jurisdição ser analisada de suas perspectivas. A primeira esfera de análise deve ser interpretada como o dever do julgador assegurar a proteção aos bens jurídicos por meio de um devido procedimento legal, impedindo que as garantias constitucionais venham a ser suprimidas pela pretensão acusatória do Estado. De outro lado, a segunda perspectiva de análise que deve ser seguida está relacionada ao aspecto material do processo, que se concretiza no momento da criação e aplicação das normas, devendo essas ser aplicadas de acordo com o que rege o próprio sistema processual, impedindo que ocorram vícios e discrepâncias na análise do fato em tela (TÁVORA, 2014, p.76).

Portanto, conforme as ideias anteriores expostas, não haverá eficácia integral nas inovações processuais se a criação e aplicabilidade destas não resultarem no objetivo de haver avanços para a concretização do sistema processual acusatório em sua totalidade. De igual modo, não há qualquer resultado se as normas descritas na legislação acarretam em fatores e lacunas que abram possibilidades para que o processo penal continue na

mesma perspectiva de inquisitorialidade. Nesse sentido, se as normas permanecem com falhas ou mesmo com incongruências na forma de aplicabilidade, em nada resultam, a não ser em auxiliar para que o processo penal continue a ser interpretado como o desvirtuamento das próprias regras e princípios constitucionais, rompendo cada vez mais com o sistema e a forma processual.

Destarte, diante das reflexões expostas, essas somente fortalecem o que se afirma desde a ideia inicial do presente artigo, qual seja o contato com os elementos do inquérito policial interferem nitidamente na decisão final do processo. Além disso, conforme visto, ao acontecer o contato com esses elementos, o julgador toma suas suposições como verdadeiras, ainda que formadas antes mesmo de analisar a tese defensiva; conseqüentemente, novas interpretações não são consideradas para mudança de sua decisão, isso porque, conforme visto, há grande dificuldade para que o julgador não mantenha sua interpretação inicial sobre o caso em concreto. Vê-se aqui um erro grotesco, que muitas vezes nem mesmo o juiz percebe que está cometendo, visto que, consoante as doutrinas supracitadas ensinam, é algo natural do ser humano ao adquirir pré-julgamentos sem oportunizar a análise da tese oposta.

Por essa razão é que se entende que o inquérito policial deve ser excluído dos autos da ação penal. Tal argumentação se dá em razão de que, além de evitar que se ocorram pré-julgamentos infundados, obstaculiza que o juiz se torne o protagonista da instrução processual, agindo como julgador-acusador, indo em busca da prova para motivar suas teses interpretativas colhidas no momento em que obteve contato com os atos meramente de investigação do caso em concreto. À vista disso, havendo a efetiva separação entre as fases da estruturação procedimental, a concretização da aplicabilidade do sistema acusatório estará mais próxima de ser aplicada integralmente, sendo as partes protagonistas das teses

argumentativas, produção das provas e, conseqüentemente, o juiz como destinatário das provas que, salvo aquelas irrepetíveis, serão consideradas as produzidas em juízo, ou seja, amparadas com o contraditório, respeitando-se as proteções e normas positivadas na Constituição Federal.

### **3 A insistência punitivista insuperada do processo penal inquisitório brasileiro e a desarmonia das disposições do Código de Processo Penal**

Com o advento da Lei 13.964/19, diversas mudanças ocorreram na regulação do procedimento penal. Dentre essas diversas regulamentações alteradas, muitas daquelas positivadas anteriormente tornaram-se incompatíveis com o novo modelo de aplicação da norma penal. Isso porque se deve ter em mente que, conforme exposto no capítulo anterior, essas ainda se baseiam no sistema adstrito ao viés inquisitorial, o que acarretou incongruências legislativas no próprio Código de Processo Penal, inviabilizando o avanço completo da sistemática jurídica penal acusatória, a qual a nova redação tem por objetivo crucial implementar em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, as modificações podem ser vislumbradas como um progresso e retrocesso ao mesmo tempo de um só espaço que regulamenta as normas procedimentais, podendo acarretar diversas inseguranças jurídicas e, principalmente, a permanência de resquícios inquisitoriais ainda aplicados nos escritos legislativos atuais.

Ao observar os desmembramentos e alterações em que o procedimento na esfera criminal se baseia, é imperioso analisar os efeitos das alterações recentes no Código de Processo Penal, e se estes realmente possuem condão para garantir o cumprimento da efetivação do sistema processual acusatório na legislação penal brasileira. Nesse viés, é importante por em destaque todo o arcabouço de ideias e contextualizações que foram abordadas na presente pesquisa, trazendo tais argumentações para uma visão mais crítica e construtiva a partir da base de pensamento já construída.

O sistema processual penal muitas vezes se apresenta desconexo com normas basilares para a concretização das garantias e direitos fundamentais; isso porque ainda há resquícios de moldes inquisitivos no próprio procedimento criminal, resultando em uma ética repressiva que somente é barrada a partir da aplicabilidade dos direitos humanos no sistema. A coação social sobre o indivíduo que é indiciado ou denunciado em eventual ação penal pode gerar um sentimento de incapacidade do Poder Estatal quanto a barrar a prática daquele crime cometido, resultando em efeitos que amoldam toda a estruturação regradora do único mecanismo possível de discutir sobre o cometimento do fato, acarretando, conseqüentemente, em normas mal elaboradas e com resultados regressistas ao ser implementada e interpretada.

O direito e processo penal são formas de controle social, os quais avançam para adquirir um caráter de poder simbólico. No processo penal há uma projeção, mecanismo de transferência que a própria sociedade faz sobre as agressões, representações e fantasias enraizadas sobre a questão criminal (BATISTA, 2012, p. 56). Contudo, o sistema penal de uma determinada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito às leis especiais, mas é parte de todo o sistema social, compartilhando suas aspirações e seus defeitos (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 282).

Nesse aspecto, se observa que no sistema processual brasileiro muitos desses âmbitos sociais envolvem a própria sistematização, implicando nos resultados obtidos com a tentativa de aplicabilidade das inovações legislativas advindas recentemente na esfera criminal. Entretanto, em se tratando dos efeitos dessas inovações, mais especialmente da Lei Anticrime, vislumbra-se a permanência do impedimento do efetivo cumprimento de normas inovadoras em razão da cultura inquisitorial e punitiva que amolda a legislação penal, perfazendo preceitos e teorias desconexas entre si, não surtindo a evolução necessária



para que o sistema penal se concretize segundo o Estado Democrático exige.

Em suma, o que se pode afirmar, a partir de todo o estudado, é que o fenômeno de manutenção de influência no exercício da jurisdição das demandas ocorre em virtude de um sistema que envolve diversos elementos já intrínsecos na sociedade. No instante em que a mentalidade conservadora inquisitória se torna característica dos operadores do direito, passa-se a legitimar medidas judiciais que atentam contra o ordenamento jurídico constitucional e as próprias diretrizes do sistema processual (PRADO, 2005, p. 77).

Entretanto, esse aspecto levantado na reflexão explanada pelo doutrinador faz com que haja a análise sobre o próprio avanço legislativo penal e acerca dos seus meios para garantir as bases constitucionais que o próprio ordenamento requer. Essa cultura punitivista muito conexas da aplicação das normas penais implica, diretamente, no desenvolvimento e aplicação do sistema processual acusatório em sua integralidade; isso porque, apesar de diversas normas advindas após a criação do Código Processual Penal Brasileiro, a legislação permanece com a mesma característica de sempre, qual seja, a incrustada cultura inquisitória.

Todavia, tal circunstância pode ser justamente ligada à ideia inicial exposta no presente item, a qual está conexa com o sentido de populismo punitivista social. A verdade é que o procedimento processual brasileiro não possui até o momento mecanismos que impeçam as raízes inquisitórias, as quais permanecem desde a criação do Código de Processo Penal de 1941. Conforme visto durante a explanação da pesquisa em apreço, a forma e normas regradoras do processo penal possuem diversas incongruências, tanto em razão da desconexão com a própria Constituição Federal, bem como entre as regras estabelecidas dentro da legislação que o regulamenta.

Destarte, cita-se como exemplo as atuais inovações legislativas que foram introduzidas pela Lei Anticrime. As inclusões de dispositivos no Código de Processo Penal advindo no final do ano de 2019 têm como objetivo mudar certas formas da sistemática do procedimento criminal, viés que denota a simples análise da criação do Juiz das Garantias. Nesse compasso, se percebe que, apesar dos supostos avanços na legislação penal com a inclusão de uma nova procedimentalização, a sua eficácia e aplicabilidade estão comprometidas; isso porque, conforme já mencionado durante a construção do presente estudo, tais efeitos estão suspensos atualmente, resultando no impedimento de um laboratório sobre a real eficácia do Juiz das Garantias no sistema processual brasileiro.

A mudança com a implementação do juiz das garantias praticamente refunda o sistema processual penal. Com a nova sistemática, o legislador deixa claro o compromisso da ideia que o desenvolvimento processual, a todo tempo e em todas as fases, deve estar alicerçado nos direitos fundamentais da pessoa humana. Em razão disso, se impõe a necessidade de um giro paradigmático na própria compreensão funcional dos juízes do processo penal, na medida em que exige uma atuação respeitando o sistema acusatório, sendo necessário que essa forma seja consoante a todos os mecanismos possíveis para que haja a implementação concreta destas inovações (MARCÃO, 2020, p. 91).

Consoante a isso, se verifica que a implementação do juiz das garantias não veio somente para modular o sistema com adição de normas, mas para estruturar uma atualização da sistematização do processo penal. Contudo, essa aplicabilidade não chegou sequer a propiciar efeitos, não havendo atualmente no Brasil qualquer aplicabilidade do Juiz das Garantias no processo penal. Isso tudo decorrente da decisão proferida pelo Ministro do próprio Supremo Tribunal Federal, que suspendeu a aplicação da Lei nesse ponto específico.

Portanto, em razão disso, não se teve ainda um laboratório de aplicabilidade da matéria, eis que não há uma estruturação efetiva para tanto, resultando em incertezas sobre os impactos positivos ou negativos que essa mudança pode ocasionar em nosso ordenamento.

Por conseguinte, em razão disso, se denota que há avanços significativos na seara penal; algumas medidas punitivas que ainda fazem parte da logística de aplicabilidade das normas inovadoras impedem que os resultados possam surtir efeitos na sua aplicação. Nesse sentido, o ponto que se destaca aqui é a forma como o punitivismo está entranhado na maneira por meio da qual o processo penal se desenvolve, até porque, conforme visto, há muitas incongruências na própria aplicação das regras e formas que o processo penal é conduzido, produzindo assim a permanência das características da década de 40, quando a regulamentação foi originada.

Há grande necessidade de que seja imposta uma renovada segurança jurídica no processo penal brasileiro enquanto instrumento de proteção do indivíduo. Trata-se de recorrer a uma clara definição das regras do jogo, evitando-se o uso imoderado do poder. No processo penal, chama-se de instrumentalidade constitucional; em outras palavras, processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias a ele submetido, visto que o Estado deve garantir a reserva ética e de legalidade, jamais podendo descumprir as regras do jogo democrático (LOPES, 2021, p. 30).

A verdade é que há uma falsa visão de que apenas a inserção de leis e normas resolvem os retrocessos que ainda hoje estão sendo aplicados na forma processual. Contudo, como já mencionado, medidas punitivistas e regras mal elaboradas em nossa legislação penal impedem o crescimento e obstaculiza a ideia de um processo democrático e não autoritário. É nesse sentido que se ressalta que algumas condutas auxiliam para que o processo

permaneça com o autoritarismo entranhado em si, a exemplo, a própria aplicação de normas oriundas de décadas onde nem ao menos os princípios basilares do processo penal positivados na Constituição Federal vigente eram consagrados.

É característico do sistema inquisitório a acumulação de funções e atribuição de poderes instrutórios ao julgador. Contudo, nessa forma de articulação do processo penal, não há imparcialidade e, tampouco, contraditório. Isso porque uma mesma pessoa, sendo o magistrado nesse caso, vai em busca da produção da prova, decidindo a partir da própria prova que ele mesmo produziu, o que fere diretamente a matriz acusatória. Nesse sentido, o juiz das garantias não possui essa nomenclatura inquisitória dentro do processo penal, razão pela qual o magistrado não investiga e nem sequer produz prova de ofício. Assim, haverá dois juízes, sendo que o primeiro intervém quando invocado na fase pré-processual até o recebimento da denúncia, denominado de Juiz das Garantias. Após isso, esse encaminhará os autos para outro juiz, que irá atuar na instrução e julgar, afastando a contaminação e pré-julgamentos que possam se estabelecer quando produzidos elementos sem as garantias necessárias para o devido processo legal (LOPES, 2020, p. 140-141).

Diferentemente da base de estruturação que se vê na elaboração do processo penal atualmente, eis que tais modificações foram suspensas em razão da Liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux, nas ADIs n.6298 e 6299, a intenção é de que não ocorra a comunicação entre as fases procedimentais. A dogmática dessa radicalização no procedimento criminal veio para assegurar a imparcialidade do julgador, fazendo com que o procedimento se conecte com os princípios constitucionais e, conseqüentemente, caracterizando o sistema acusatório, o qual fica

evidente ao observar a positivação do art. 3º-A<sup>3</sup>. Desse modo, a abordagem dos capítulos anteriores traduz a reflexão que deve ser feita durante a análise dessas mudanças legislativas do processo penal, isso já abordado quando analisado sobre as incompatibilidades da própria legislação vigente à luz do sistema acusatório, sendo possível notar que a atual elaboração para acusar o sujeito é arcaica e que necessita de grandes mudanças.

Todavia, apesar de inúmeras consagrações importantes advindas pela Lei 13.964/19, diversos dispositivos ainda carecem de modificações, eis que estes, apesar da entrada em vigor da referida lei, permanecerão vigentes, o que se vislumbra como resquícios inquisitoriais e contradições que insistem em prevalecer no ordenamento jurídico. Nesse ponto, conforme visto no parágrafo anterior, a nova estrutura do processo penal possui aspectos tenentes a assegurar o sistema acusatório, separando funções entre as partes e salvaguardando os direitos individuais do acusado. Porém, a permanência de pontos específicos do procedimento criminal acaba por causar uma dissonância com a nova estruturação; isso porque a forma anterior e ainda vigente não compactua com os ditames constitucionais e, dessa forma, pode-se dizer que tais disposições deveriam ser revogadas no ordenamento jurídico brasileiro.

O ordenamento jurídico é elaborado com diversos elementos legislativos que visam aprimorar e conformar o sistema adotado pelo Estado. A estruturação evolutiva do ordenamento, com a modificação das leis, deve atentar para a harmonia entre esses diplomas, visando conferir proteção aos direitos individuais. Desse modo, o direito processual penal, nessa perspectiva, tem a finalidade de, além de aplicar as sanções para condutas violadoras de bens jurídicos, antes disto, assegurar os direitos

---

3 [Art. 3º-A](#). O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

positivados na lei, a fim de que a aplicação da norma jurídica esteja em consonância com as demais (RANGEL, 2019, p. 65-66).

Nesse viés, se busca refletir que, conforme já se abordou, não é crível se construir uma nova sistemática procedimental, com avanços constitucionais na seara legislativa infraconstitucional, se ainda permanecem pontos com vestígios do sistema arcaico. Isso desmembra-se em diversas positavações do Código de Processo Penal, sendo que estes estão em desarmonia com a norma constitucional e com a nova redação da aplicação do direito ao caso concreto, resultando-se na obstaculização do avanço integro do processo penal.

Em um processo formado pelo contraditório e pela igualdade das partes, a distribuição dos ônus probatórios deveria seguir as mesmas linhas de isonomia. Desse modo, o processo penal deve estar atento à norma constitucional da inocência do réu como valoração originária do sistema de provas. Contudo, não é o caso dos artigos que ainda apresentam a possibilidade do juiz de ofício ordenar a produção antecipada de provas, eis que o declínio da legislação é evidente, e também inaceitável que ainda permaneça vigente. Em razão disso, é nítido que a jurisdição criminal somente se inicia com a pretensão acusatória, e é por esse motivo que se instituiu os controles constitucionais, os quais este tem a função de garantidores, prevalecendo os ditames mandamentais do devido processo legal (PACELLI, 2020, p. 253).

Seguindo o raciocínio do doutrinador, se torna inviável permanecer possibilitando ao juiz atuar sem motivação, eis que, se a nova redação altera a sistemática do processamento criminal, não há qualquer sentido em manter vigentes disposições inquisitórias e arcaicas na legislação infraconstitucional. Além disso, há outras positavações que fazem com que o Código Processual Penal não efetive integralmente o sistema acusatório,

como se pode citar o que prevê o artigo 366<sup>4</sup> do CPP, o qual, do mesmo modo que os demais, possibilita a produção de provas de ofício pelo magistrado, baseando-se em provas consideradas urgentes, podendo ser visto como elemento que acarreta, por assim dizer, na desarmonia total com a estrutura que se busca na ideia de estrutura acusatória, eis que nessa perspectiva o papel primordial do juiz é ser inerte durante qualquer das fases do procedimento.

Ainda, pelo que se observa, é notório que o magistrado não deve ser mais visto como o “dono” da ação penal como na antiga visão, em que ainda é possível sua atuação de ofício, eis que as próprias alterações na legislação criminal demonstram isso claramente. O problema a ser enfrentado aqui consiste na insistência que há em permanecer vigentes dispositivos totalmente incompatíveis com a própria disposição mandamental constitucional; de um lado se busca o efetivo cumprimento das normas que asseguram a democrática estrutura do processo, sendo que o outro está ainda diante de retrocessos que podem acarretar na permanência da mesquinhez do sistema inquisitório. Tal dissonância causa inúmeros confrontos e discussões que poderiam ser sanadas se as disposições estivessem atreladas entre si com o mesmo objetivo, qual seja, o avanço na aplicação das normas previstas no Código de Processo Penal com sua estrutura baseada na Lei Maior, seguindo e tutelando os direitos e garantias individuais.

Portanto, para que haja a integralidade da aplicação das novas modificações, estas advindas pelo Pacote Anticrime, especialmente com a figura do Juiz das Garantias, é necessário que os pontos retrógrados que ainda permanecem implementados no ordenamento jurídico brasileiro

---

4 Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no [art. 312](#).

sejam excluídos de qualquer perspectiva de aplicabilidade eis que, por mais que haja entendimento de que há a revogação tácita desses artigos ainda vigentes, após a introdução das alterações da legislação em questão abre-se o leque para que a argumentação inquisitorial permaneça vivente, principalmente no momento do julgamento da ação penal, acarretando diversos retrocessos legislativos. Nesse sentido, a necessidade das inovações resultou em diversas conquistas que há muito tempo já deveriam ser implementadas; isso porque as exigências para tornar efetivas as normas do Estado Democrático de Direito, a legislação infraconstitucional deve estar em consonância com as positivamente fundamentais exigidas, assegurando, acima de tudo, os direitos fundamentais e individuais do sujeito ao ser investigado ou mesmo processado.

À vista disso, pensar em um processo democrático, sendo aplicável uma ciência verdadeiramente humana significa, necessariamente, romper com o paradigma punitivo que hoje ainda é presenciado no sistema penal brasileiro e, inclusive, barrar a eficácia de normas e regras que são geradas a partir do viés autoritarista. Nesse aspecto, é importante ressaltar que, além das normas inovadoras do sistema processual penal, só estas não bastam para que ocorra a mudança necessária na efetivação do processo penal democrático; isso porque o processo à luz do que amolda a Constituição Federal somente se aperfeiçoará com as mudanças de mecanismos e banalizações da validade de normas e regras que ainda estão enraizadas no autoritarismo, as quais são dissonantes com a forma constitucional de conduzir e estruturar o processo penal.

Destarte, é nessa seara que se constrói a falsa interpretação de que a progressão das positivamente penais é um avanço legislativo no que tange ao afastamento de elementos em que resultem na violação de normas penais e constitucionais da ação penal. Contudo, diferente disso, a dura



realidade da permanente raiz inquisitória nas decisões judiciais poderá servir de escopo para limitar a efetivação de mecanismos modernos que, por mais que não possuem qualquer aplicabilidade concreta, seriam caminhos para resultar em uma prestabilidade mais efetiva dos amparos garantidos na Constituição Federal quando do ajuizamento de uma ação penal.

### **Considerações finais**

A presente pesquisa abordou a relação de contaminação da cognição do julgador no contato desse com o inquérito policial. Refletiu-se acerca da possibilidade da exclusão do inquérito dos autos processuais, frente à mecanização advinda pela Lei Anticrime, nº13.964/19, que implementou a figura do juiz das garantias. Além disso, o presente estudo observou as consequências comportamentais do julgador ao possuir o contato com os elementos investigativos do caso, sendo abordado tal circunstância sob o aspecto da teoria da dissonância cognitiva e o cumprimento da garantia da imparcialidade no ato de julgamento da ação penal.

Portanto, analisando todo o arcabouço observou-se, sobre as consequências ante o convencimento do julgador relacionado com o inquérito policial à luz do estudo da teoria da dissonância cognitiva. O estudo resultou na verificação da ocorrência da contaminação do julgador ao ter contato com os elementos investigativos, mesmo que de modo inconsciente. Tal razão tem respaldo no que a própria teoria cognitiva estudada explica, onde o julgador, ao ter o primeiro contato do caso através dos elementos informativos do fato, criará concepções sobre o caso, e buscará trazer tais pré-julgamentos durante a instrução processual, tornando-se aquele que visa buscar elementos para concretizar seu conceito pré-estabelecido com o analisado no inquérito policial, acarretando no julgador-instrutor, que fundamentará seus conceitos

construídos nas provas que o mesmo achar válidas para se encaixar ao seu convencimento inicial.

Nesse sentido, a presente pesquisa demonstrou que o inquérito policial é um instrumento que tem a função apenas informativa e, se for introduzido na instrução processual, contaminará o julgador, violando garantias e o sistema penal que impõe a ordem constitucional, mesmo que inconscientemente. Todavia, destacou-se que o sistema processual penal brasileiro atual restringe os mecanismos e formas para a concretização das atuais mecanizações inovadoras em diversos âmbitos, impedindo que haja avanços significativos e compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Nesse ínterim, é que se verifica as reiteradas confusões e desvios interpretativos quanto à aplicação da norma penal à luz das exigências constitucionais, acarretando na permanência da estruturação inquisitória. Entretanto, o resultado disso se infere das próprias brechas e entendimentos autoritários que ainda permanecem válidos para entendimento de uma norma penal.

Portanto, é a partir deste entendimento que fica cristalino que a legislação penal ainda precisa progredir consideravelmente no que tange à compatibilidade com os elementos básicos para consagração do processo penal democrático. Desse modo, a inconformidade desmembra-se na permanência de tais normas legislativas para fundamentar a estruturação penal, baseando e dando engajamento aos entendimentos e formas de condução de um processo penal dissonante com toda a estruturação acusatória. Ora, não é crível que as rasas interpretações acerca da possibilidade de mudanças no regramento da ação penal, especialmente pelos Tribunais Superiores, sejam considerados posicionamentos adequados para aplicação e interpretação da forma processual a ser validada.

Diante disso, em que pese a legislação penal tenha trazido alguns pontos relevantes para a mudança da forma pela qual o processo deve ser estruturado, bem como consagrando o sistema processual acusatório a ser adotado a partir da Lei 13.964/19, isso sequer gerará grandes resultados para a mudança efetiva e necessária em âmbito criminal, resultado dado em razão da intrínseca cultura inquisitória e autoritarista vista no próprio julgamento que suspendeu a eficácia de tais normatizações. Logo, não é suficiente apenas implementações inovadoras para concretizar o sistema compatível com a estruturação progressista do processo penal, eis que se a mentalidade, principalmente de julgadores e aplicadores da norma, não ser compatível com tais mudanças, haverá pouco resultado e frustradas tentativas de modificações da estruturação arcaica ainda vigente no ordenamento jurídico criminal brasileiro.

## Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2020.

KHALED JR, Salah H; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **In Dúbio Pro Hell**: Profanando o Sistema Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/cfi/6/2!/4/2/2@0:00:0.039>>. Acesso em: 20 jun.2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608430/pageid/4>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020137/cfi/6/2!/4/2@0:0>>. Acesso em: 11 set. 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das Leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020441/cfi/6/10!/4/14/2@0:30.4>>. Acesso em: 11 set. 2020.

RITTER, Rui. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

## **A (in) aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho**

*Michele Silva dos Santos*<sup>1</sup>  
*Maira Angélica Dal Conte Tonial*<sup>2</sup>

### **Introdução**

O constante avanço da tecnologia tem produzido inúmeras interferências nas mais diversas relações humanas. Ao mesmo tempo em que desencadeiam possibilidades de acesso a diversos conteúdos e serviços que facilitam o cotidiano pela rapidez, quantidade de informações, oportunidade de conexão, entre outros benefícios, os conteúdos em rede também têm sido responsáveis por litígios nas mais diversas situações, uma vez que, o espaço virtual não garante ao cidadão a devida proteção de seus dados.

Nesse contexto de abundante e, muitas vezes, excessiva interatividade, emerge a necessidade de se buscar a garantia de proteção de dados, a fim de resguardar o cidadão dos possíveis prejuízos que a exposição indevida de seus dados pode provocar. Uma das formas de se buscar a proteção a essa forma de exposição é por meio da garantia do consentimento. Nessa conjuntura, o presente estudo parte da seguinte problemática: qual a aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais às relações de trabalho?

---

<sup>1</sup> Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail [michelesantos098@hotmail.com](mailto:michelesantos098@hotmail.com).

<sup>2</sup> Advogada (OAB/RS 45621). Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos, Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho. Docente de Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Membro da ABA - Comissão Estadual de Direito do Trabalho, Endereço eletrônico: [mairatonial@upf.br](mailto:mairatonial@upf.br), <http://lattes.cnpq.br/0212344315200902>.

Assim, o presente trabalho visa abordar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - Lei 13.709/2018 e, principalmente, sua (in) aplicabilidade nas relações laborais. Por se tratar de uma norma jurídica nova para a legislação brasileira, há muitas dúvidas com relação à sua abrangência no território nacional.

Para tanto, inicialmente, se discorre acerca da sua conceitualização, apresentando-se um breve histórico acerca da temática no Brasil e no mundo, e os principais fatores que conduziram ao advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD. Destaca-se, que a supracitada lei tem como objeto essencial o consentimento pelo titular, considerando que, conforme já mencionado, no cenário atual, a tecnologia ganhou grande proporção, verificando-se, como consequência, a coleta de dados de forma excessiva e, muitas vezes, de maneira desnecessária. Nesse sentido, o consentimento faz-se imprescindível e, conseqüentemente, o tratamento deve ocorrer de modo restritivo, ou seja, para fins exclusivos e devidamente informados ao titular das informações.

Em momento seguinte, se discorre acerca dos princípios basilares da LGPD, cujo conhecimento e aplicação se fazem necessários para conduzir com desenvoltura as diversas situações decorrentes da coleta de dados, evitando circunstâncias desagradáveis e que possam interferir no processo, inclusive penas decorrentes da má utilização por parte dos controladores. Por fim, se discute acerca da (in) aplicabilidade da LGPD nas relações de trabalho, estabelecendo-se consonância entre a referida legislação, a Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho. Conclui-se, que a LGPD e sua aplicabilidade nas relações de trabalho é de extrema importância, uma vez que, em incontáveis oportunidades, há a coleta de múltiplas informações, correndo-se o risco de que esses dados possam ser utilizados com má-fé por terceiros. Nesse sentido, a LGPD

deve ser priorizada e seguida, inclusive, por empregadores e tomadores de serviços, visando à efetiva proteção de dados.

## **1. Lei Geral de Proteção de Dados**

Sancionada no dia 14 de agosto de 2018 pelo presidente Michel Temer, a Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709, mais conhecida por LGPD, entrou em vigor somente no dia 18 de setembro de 2020, visando regulamentar a proteção de dados pessoais no país.

Na intenção de garantir às pessoas um maior controle sobre seus dados e informações pessoais, esta lei é de extrema importância, dando maior segurança a todo e qualquer cidadão brasileiro.

Com o aumento excessivo da tecnologia nos últimos anos, bem como pela facilidade em adquirir equipamentos eletrônicos e com acesso à internet, restou imprescindível a criação de uma norma jurídica visando a segurança dos seus usuários.

Além de garantir ao titular a possibilidade de rever os dados fornecidos, bem como a exclusão deles se assim desejar, o consentimento é uma das principais ferramentas trazidas pela implementação desta lei.

Conforme a Lei Geral de Proteção de Dados, tal legislação é aplicável:

A qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: a operação de tratamento seja realizada no território nacional; a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. (BRASIL, 2018, Art. 3º).

Ou seja, a LGPD tem efetividade direta e indireta nos diferentes setores e serviços nacionais ou internacionais. A partir do momento em

que há uma operação em território nacional, essa nova ferramenta jurídica deve ser cumprida e também respeitada; caso isso não ocorra, será cabível a responsabilização civil e o ressarcimento de danos.

Conforme consta da norma jurídica, o tratamento de dados ocorre nos mais variados meios, principalmente nas plataformas digitais, seja pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, conforme estipulado no artigo 1º da supramencionada norma.<sup>3</sup>

Uma compreensão mais exata sobre a LGPD requer, primeiramente, identificar e conceituar a expressão dados pessoais. Tem-se como exemplo básico o nome, identidade, CPF e data de nascimento. Todavia, sua abrangência é muito maior e mais significativa, ou seja, tudo aquilo que possibilita de alguma forma a identificação de um indivíduo se trata de um dado pessoal.

Dentre os dados pessoais, dar-se-á ênfase à existência dos dados sensíveis, que faz menção às convicções sociais, morais, raciais, religiosas e até mesmo referentes ao gênero. Apesar de parecerem insignificantes, estes são tão importantes quanto os dados “normais”, pois além da possível identificação, podem atacar diretamente a honra do ser humano, fazendo jus à designação “sensível”.

Além disso, a expressão *pessoal* remete à ideia de um valor particular, relativo a alguém e, conseqüentemente, se é algo único e exclusivo de alguém, essa pessoa deve ter total acesso e disposição sobre suas informações, independentemente do local em que estejam armazenadas.

---

<sup>3</sup> Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.



A Lei Geral de Proteção de Dados busca incessantemente a transparência e o tratamento dos dados colhidos, que poderá ocorrer nas hipóteses elencadas nos incisos pertinentes ao artigo 7º da referida lei<sup>4</sup>.

Conforme consta do artigo supramencionado, reitera-se que o tratamento de dados deve ocorrer necessariamente após o consentimento do titular. O referido dispositivo também aborda diversos aspectos, sendo eles: por obrigação legal ou regulatória pelo controlador; pela administração pública para execução de políticas públicas; para órgãos de pesquisa; na realização de contrato cujo o titular seja parte; em processos judiciais, administrativos ou arbitrais; em favor da vida ou possível risco físico do titular ou de terceiros; pela saúde; pelo interesse legítimo do controlador ou de terceiros; ou para a proteção do crédito.

Dessa maneira, a proteção da privacidade vai muito além da limitação do acesso de informações pessoais, sendo necessário analisar a legitimidade dos sistemas de dados. Ademais, se destaca que existem dois elementos para a prevenção dos dados individuais. Primeiramente, é necessário a adoção de algumas medidas de segurança que têm finalidade de prevenir a forma com que essas informações sejam coletadas, tratadas e, por fim, descartadas. Após, se encontra a formulação de regras de boas práticas e governanças.

Além do exposto, a norma é composta por alguns princípios, sendo eles: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados,

---

<sup>4</sup> Art. 7º I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II -para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III- pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV- para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V- quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII- para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas. (BRASIL, 2018). Esses princípios estão elencados no artigo 6º da LGPD, e serão abordados com maior perspicácia no presente trabalho.

Com a criação da Lei Geral de Proteção de Dados, além da existência da figura do titular, surgiu o DPO (Data Protection Officer), sendo um cargo trazido da legislação europeia (GDPR) que exerce a função de encarregado de dados. Foi criado também a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, órgão responsável pela implementação e fiscalização das informações coletadas. Além disso, aparece a figura do controlador e do operador de dados, exercendo as respectivas funções de controle das decisões que se referem aos dados pessoais e tratamento dos mesmos.

Essa nova regulamentação visa ao preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico brasileiro que, de forma esparsa, visava à segurança da população, todavia, de forma insuficiente.

De acordo com Pinheiro, a referida lei tem a finalidade de proteção e garantia de princípios, conforme se verifica:

O espírito da lei foi proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo a premissa da boa-fé para todo o tipo de tratamento de dados pessoais, que passa a ter que cumprir uma série de princípios, de um lado, e de itens de controles técnicos para governança da segurança das informações, de outro lado, dentro do ciclo de vida do uso da informação que identifique ou possa identificar uma pessoa e esteja relacionada a ela, incluindo a categoria de dados sensíveis. (2020, p. 16).

Como se pode observar, a criação da Lei Geral de Proteção de Dados estabelece, por meio de seus artigos, os direitos e deveres para o adequado tratamento de dados pessoais. Tem ainda como finalidade a proteção dos

direitos fundamentais, de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, devendo-se sempre observar a boa-fé e os princípios específicos da lei.

Porém, os direitos de privacidade, bem como o direito à intimidade, são amparados basicamente pela Constituição Federal, antes mesmo da criação da Lei Geral de Proteção de Dados. Os direitos fundamentais estão expressamente integrados na Carta Magna devido ao seu conteúdo e sua importância em cada Estado. Deste modo, Sarlet manifesta sobre seu entendimento no que se refere ao conceito de direito fundamental:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal [...]. (SARLET, 2012, p. 77, *apud* SANTI, 2020, p. 12).

Entende-se, portanto, que os direitos fundamentais são posicionamentos jurídicos protetivos, que visam garantir o mínimo necessário para que um cidadão se mantenha dignamente na sociedade administrada pelo Estado, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana. São direitos inalienáveis, considerando que a aplicação desses não pode ser ignorada pelo Poder Estatal.

Destaque-se que a Constituição Federal de 1988 retoma em sua redação os direitos humanos, previstos na Declaração Universal dos

Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, nos termos do artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>.

Como exemplo de autodeterminação informativa, cita-se alguns incisos do artigo 5º da CF (X, XI, XII e LXXII)<sup>6</sup>. O referido dispositivo garante ao indivíduo o controle, ou ao mínimo a transparência necessária acerca das suas informações, tanto no que tange a sua destinação quanto ao que se refere as suas metodologias.

De acordo com Castro (2005), a Carta Magna tem como base a Constituição Portuguesa de 1976 para regulamentação seus direitos fundamentais, inclusive no que tange à inviolabilidade de privacidade (dados pessoais), bem como ao sigilo de correspondências e comunicações telegráficas, visando à proteção de dados pessoais, além da segurança relacionada à intimidade e privacidade do indivíduo.

A Carta Magna ainda prevê *habeas data* para fim de garantia ao acesso de informações, inclusive para retificação dos mesmos inclusos em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, uma ferramenta de extrema importância para o exercício da autodeterminação. (OLIVEIRA, 2020).

Em suma, trechos constantes da Constituição Federal mencionam a proteção de informações da esfera individual para com os demais, devendo haver a autorização por parte do titular sempre quando dados pessoais

---

<sup>5</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.

<sup>6</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...] LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...].

estão em pauta. Assim, se entende que o termo “direitos fundamentais” está conectado à positivação interna do Estado.

Logo, é possível observar que o legislador, ao elaborar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, buscou elencar direitos conectados ao conceito de liberdade, dignidade da pessoa

humana e à sua personalidade, buscando a efetivação da lei dentro dos moldes constitucionais e da adaptação da sociedade para com suas necessidades.

Outrossim, a LGPD teve como base e inspiração para criação o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), que entrou em vigor no ano de 2018, abordando acerca da segurança de informações dos europeus. (VANTIX, 2021).

Além disso, no que tange ao histórico legal, há indícios de que a proteção de dados surgiu nos Estados Unidos, nos anos 60. Todavia, oficialmente, se deu em Hessen, região central do país da Alemanha, na década de 1970. Nessa época, em países mais desenvolvidos, houve um avanço significativo tanto na área da computação, como também na esfera industrial. Conseqüentemente, esse desenvolvimento influenciou de maneira positiva a necessidade por uma regulamentação no âmbito da privacidade. (ASSIS E MENDES, 2020).

De acordo com Assis e Mendes (2020), o desenvolvimento do conceito acerca da matéria teve desenvolvimento no início da década; entretanto, a finalização, assim como a implementação, ocorreu mais precisamente no ano de 1978. Após sua efetivação, países como Áustria, França, Noruega e Suécia optaram pela criação de suas leis.

Em 1981, os países membros do Conselho da Europa, mediante uma convenção, unificaram e buscaram desenvolver as normas existentes para o tratamento de dados pessoais. (VANTIX, 2021).

No Brasil, em 1988, com a criação de uma nova constituição, o legislador mencionou em algumas partes do texto a proteção de dados. O artigo 5º, inciso X<sup>7</sup>, como já citado anteriormente, refere-se, de forma geral, acerca da privacidade do povo brasileiro como forma de proteção.

Em território brasileiro, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, visando à regulamentação das relações existentes nas relações de comércio; entretanto, o manual evoluiu significativamente no setor de informações, inclusive no que diz respeito ao cadastro e banco de dados, no início da década de 90.

Praticamente na mesma época, em 1995, o Parlamento Europeu juntamente ao Conselho da União Europeia, regulamentou regras para serem cumpridas por todos os países daquela União, sendo perceptível na redação dessas regras a clareza da letra da lei, semelhante às legislações atuais, inclusive no que concerne ao acesso dos dados por parte daquele que venha a fornecê-los. (VANTIX, 2021).

No Brasil, a Lei nº 9.296 de 1996 acrescentou acerca da inviolabilidade de sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, bem como os dados e comunicações telefônicas (com exceção de ordem judicial). (BRASIL, 1996).

Após alguns anos, surge um acordo entre Estados Unidos e Europa, denominado Safe Harbor, objetivando facilitar a troca de informações e dados pessoais, e uniformizar as regras, tendo em vista que divergências eram frequentes. O presente pacto foi revogado no ano de 2015, pelo fato de haver suspeitas de espionagens por parte da Agência de Segurança Nacional dos EUA. (ASSIS E MENDES, 2020).

---

<sup>7</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Destaca-se, além disso, que no ano de 2014, o Brasil publicou a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, responsável pela regulamentação do uso de internet no território nacional, introduzindo conceitos como a neutralidade de rede e a liberdade de expressão, como também a definição de obrigações pelos órgãos públicos no fornecimento de internet. (BRASIL, 2014). No ano seguinte, a Europa aprovou o Privacy Shield, nova ferramenta de regulamentação de transferência internacional de dados com empresas norte-americanas, garantindo uma maior segurança para os cidadãos europeus. Ainda, no mesmo lapso temporal, surgiu o Decreto nº 7.962 para complementação do Código de Defesa do Consumidor. Mais adiante, em 2018, ao restar perceptível grandes casos de vazamento de informações pessoais, a União Europeia decidiu emendar suas normas de proteção. A GDPR obrigou grandes empresas a revolucionar a coleta e tratamento de dados, responsabilizando-se por novas leis relativas ao tema, inclusive no país brasileiro, surgindo então, a LGPD. (ASSIS E MENDES, 2020).

Conforme se verifica, a LGPD surge como instrumento balizador de ações protetivas ao cidadão, e se encontra em perfeita harmonia com princípios constitucionais. Tal normatização protetiva torna-se imperativa na conjuntura da evolução tecnológica e da comunicação que exige do Estado a regulamentação das garantias protetivas do cidadão nesse espaço de intensa conectividade.

## **2. Princípios da LGPD**

Princípios são a base de sustentação de uma norma jurídica. Assim como os princípios norteiam todo o ordenamento, evidentemente, são fundamentais para a aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Para Melo (2009, *apud* Chiose, 2020), princípios são mandamentos nucleares de um sistema, sendo a base e disposição fundamental que abrange diferentes normas, e ainda buscam o sentido para uma exata compreensão e inteligência, visando sempre encontrar amparo para situações jurídicas em que existam lacunas, bem como, uma melhor aplicabilidade da lei.

De acordo com Filho (2020), a boa-fé é um princípio essencial em todo o ordenamento jurídico; assim, não poderia deixar de integrar a LGPD. O tratamento de dados pessoais, em um primeiro momento, deve ser norteado pela boa-fé, consistindo em condutas corretas. Tal princípio é de extrema importância, pois visa acabar com abusos, oportunismo, incoerência de comportamento, assim transmitindo maior segurança por meio da transparência.

A LGPD, norma principiológica, é norteada por dez princípios basilares; por meio deles é possível a aplicação do texto de forma clara e precisa. A legislação busca intensificar a proteção da privacidade do titular de dados, bem como a liberdade de expressão, de informação, de opinião e de comunicação. Também busca assegurar a inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem e, ainda, o desenvolvimento econômico e tecnológico.

Pode-se apurar que o caput do artigo 6º da LGPD<sup>8</sup> entrou reafirmando o constante das demais normas quando estabeleceu que “[a]s

---

<sup>8</sup> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de



atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé (...)", como também, elencou em seus incisos, o rol de princípios constantes da supramencionada lei.

O primeiro princípio constante da LGPD é o da finalidade, que visa o tratamento de dados para fins legítimos e específicos. Desde a coleta, é necessário a existência de um motivo, excluindo toda e qualquer forma genérica para tanto. Salienta-se, conforme Pestana (2020), que a intenção do coletador deve constar de forma explícita, buscando sempre uma melhor informação àquele que fornece, para tanto, suas informações.

No que se refere ao princípio da adequação, é essencial que os dados sejam compatíveis com as finalidades anteriormente transmitidas aos fornecedores do "petróleo", sempre em conformidade com o enredo do tratamento, ou seja, estabelecendo uma relação lógica do tratamento de dados pessoais em consonância com a finalidade almejada, bem como preliminarmente informada ao titular. (CRUZ, 2020).

Reformulando o raciocínio, o tratamento se concretizará após se estabelecer uma linha importantíssima e de grande relevância entre a coleta de dados e a ciência do titular das informações.

Quanto ao princípio da necessidade, ressalta-se a importância de coletar apenas os dados pertinentes, proporcionais e não excessivos para com a finalidade pretendida. Considerando que a responsabilização aumenta conforme a quantidade de informações prestadas pelo indivíduo. Determina, também, que esse procedimento acerca das informações pessoais seja formado pela proporcionalidade, estabelecendo regras e

---

situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

limites para a realização dos procedimentos inerentes aos tratamentos dos dados. (PESTANA, 2020).

O princípio do livre acesso garante ao titular a disposição de consultar suas informações de forma soberana, inclusive de maneira gratuita. Destaca-se, ainda, que deve constar até mesmo de que forma o tratamento se concretizou, demonstrando desde a coleta até quando ficará disponível. (NUNES, 2019).

Verifica-se, portanto, que as pessoas naturais titulares das informações tratadas, após passarem pela triagem necessárias, podem e devem ter acesso integral aos dados. Todavia, a concretização da matéria ocorrerá quando tais concordâncias e condições sejam concluídas e devidamente coletadas dos respectivos titulares, na forma e tempo oportunos.

Ainda, o princípio da qualidade de dados, garante aos usuários que os dados mantidos pelo controlador sejam verídicos, ou seja, não sofreram modificações, somando-se à atualização, ferramenta de extrema importância para ambos. É necessária a existência de clareza e exatidão, conectando-se o tratamento de acordo com a necessidade e a finalidade. (RIBEIROS, 2018).

Agora, a necessidade e o cumprimento da finalidade do tratamento de dados deverão ser exigidos, considerando que o aspecto mais importante quando do tratamento das informações é a possibilidade de alcançar um objetivo anteriormente traçado.

Ademais, a transparência diz respeito ao alcance dos dados informados pelo titular, devendo o controlador fornecer aos mesmos, informações de maneira clara, contundentes e de fácil acesso. (BRUNSKER, 2020).

Este princípio se interliga com as informações já analisadas. Significa dizer que, aos titulares dos dados pessoais, deve-se assegurar e garantir o

livre acesso aos dados coletados, da maneira mais transparente possível. Isso inclui o momento do tratamento até acerca dos respectivos agentes responsáveis pela tarefa, com exceção dos segredos industriais e comerciais.

Além do mais, o princípio da transparência tem abrangência não somente dos dados, antes e posteriormente tratados, assim como, acerca do controlador e operador.

Recorde-se que, para a LGPD, controlador é a pessoa, seja natural ou jurídica, de direito público ou privado, a qual incumbe determinações relativas ao tratamento de dados. Quanto ao operador, esse é também pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, responsável por realizar o tratamento de dados em nome do controlador. (BRASIL, 2018).

Resumidamente, se pode averiguar que o legislador buscou garantir aos seus alusivos possuidores a proteção de segredos industriais e comerciais, na conformidade que esses segredos se formam em balizas que devem ser observadas ao se manusear a transparência alusiva aos tratamentos desempenhados nos dados pessoais de pessoas naturais.

A segurança, sétimo princípio constante do artigo, refere-se à responsabilidade das empresas em providenciar todos os meios para a segurança dos dados pessoais, inclusive quando de acessos não permitidos. Além disso, em caso de destruição, perda, alteração, comunicação e difusão dos mesmos, providências devem ser tomadas em busca de solução. (PESTANA, 2020).

Em outras palavras, aqueles responsáveis pelo tratamento de dados precisam, imperiosamente, utilizar-se de medidas técnicas e administrativas necessárias para proteção das informações coletadas e de acessos não autorizados, como também de eventos imprevistos citados anteriormente.

A referência desse princípio é a conservação dos dados das pessoas naturais, sempre de modo seguro, os quais são objeto de tratamento. Importante salientar que, no princípio da segurança, é irrelevante se os dados foram corrompidos por meio de situação voluntária/ilícita, ou proveniente de um ato involuntário, seja negligência, imprudência ou imperícia. Portanto, é dever do protetor de dados estar devidamente preparado para as diversas situações que podem ocorrer no cenário atual, buscando incansavelmente de todos os meios, oferecer proteção e segurança aos titulares das informações pessoais que envolvem, inclusive, dados sensíveis.

Entretanto, obviamente, esse princípio não compreende os titulares das informações, os quais devem ter acesso permitido às suas respectivas informações, inobstante com cuidados metodológicos e técnicos regularmente averiguadas e vigentes.

Outro fator importantíssimo, a prevenção, deve existir sempre em busca de uma possível resposta, em frente a problemas que possam surgir no decorrer do tratamento. Apesar do termo prevenção estar inteiramente conectado ao princípio da segurança, o princípio da prevenção determina a adoção de medidas cabíveis, de forma expressa, para precaução de danos decorrentes do tratamento de dados pessoais. Contudo, a inércia não deve ocorrer. (NUNES, 2019).

O princípio da não discriminação, importantíssimo, deixa evidente que não é aceito qualquer tipo de discriminação ou abuso para com os titulares, assim como a própria lei criou normas específicas para o tratamento de dados que possam ser utilizados para tanto, os chamados dados sensíveis.

A LGPD consolidou, expressamente, a incapacidade de tratamento de dados ocorrer para fins discriminatórios ilícitos e/ou abusivos. Todavia, a

nova norma jurídica trata de forma intrínseca a impossibilidade de admissão da prática para fins ilícitos. (CHIOSE, 2020).

Particularmente, ao analisar mais profundamente, compreende-se, que a manipulação dos dados das pessoas naturais não deve ocorrer de maneira excessiva ou desregrada, com isso, evitando corromper o nexo jurídico estabelecido quando da análise primitiva acerca dos dados pessoais (dados, tratamento e finalidade).

Por fim, a LGPD finaliza o rol de princípios com a responsabilização e prestação de contas, prevendo o dever, por parte das empresas, de demonstrar, por meio de provas e todas as evidências necessárias, demonstrações acerca das medidas adotadas, com a finalidade de comprovar a diligência e boa-fé. (PESTANA, 2020).

Assim, se insere a rastreabilidade, que exige comprovação de todos os atos e procedimentos realizados, e quando inseridos no ramo da proteção de dados, conquista o poder de simples acessibilidade. Salientando-se, por sua vez, que a rastreabilidade deve ocorrer de forma responsável, adotando medidas sérias, técnicas e cabíveis de acordo com a situação oportuna.

Os princípios constantes da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais inferem manifestamente a magnitude da aplicabilidade das concepções abordadas na norma jurídica, tornando-as imprescindíveis para o cumprimento e bom funcionamento da lei nos diversos âmbitos em que se enquadra.

Conclui-se que o conjunto de princípios expostos acima corrobora para a incontroversa importância decorrente da aplicação corpórea dos arbítrios contidos na LGPD, que ocorre em qualquer esfera judicial. Tais princípios tentam suprir ao máximo as lacunas existentes no ordenamento jurídico atual, revelando-se primordial sua percepção e domínio para

aqueles que cogitam percorrer, com êxito, o assunto da proteção de dados pessoais.

### **3. (In) aplicabilidade da LGPD nas relações laborais**

A LGPD, apesar de não abordar expressamente esse tema, tem aplicabilidade direta nas relações laborais, considerando que há dados tratados na relação empregado e empregador. Ainda, o artigo 1º da LGPD enfatiza que a norma é direcionada sem restrição a todos os dados individuais tratados, independentemente de ser realizado por pessoa física ou jurídica.

Nesse sentido, a regulamentação busca alcançar uma melhor segurança às diversas áreas que trabalham com dados pessoais/sensíveis, pois a privacidade é algo essencial em qualquer relação, inclusive no que tange ao direito trabalhista.

Em um contrato de trabalho, o número de dados pessoais coletados pelo empregador é altíssimo. Desde o momento da recepção dessas informações, é necessário um cuidado extremamente especial e delicado, não devendo ser repassado para terceiros, por conseqüentemente, gerar incontáveis danos ao candidato.

Vale destacar que esse cuidado com o tratamento de dados não deve ocorrer somente quando o contrato laboral está em vigência, considerando que o tratamento de dados dos empregados e demais prestadores de serviços ocorre em todas as fases da contratação, conforme leciona Calegari:

- a) na pré-contratação: com a obtenção de dados de identificação, currículo, referências do candidato à vaga de emprego, dentre outros;
- b) durante o contrato de trabalho: dados para registro de empregados, dados bancários para pagamento de salários, filiação sindical, dados relativos à saúde como exames ocupacionais, atestados médicos, dentre outros;

- c) após o término do contrato de trabalho: com o armazenamento das informações dos antigos empregados para fins trabalhistas, previdenciários e para disponibilização aos órgãos públicos de fiscalização. (2020, p. 21-24, *apud* CORREIA; BOLDRIN, 2020, p. 2).

Depreende-se, então, que a LGPD tem aplicabilidade nas relações laborais, tentando a proteção dos dados pessoais dos empregados. Nos moldes da nova legislação, entende-se que o empregado é o titular dos dados pessoais que serão alvos de tratamento, enquanto o empregador se refere diretamente ao controlador, sendo pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que administra as decisões referentes ao processo.

Ao analisar o artigo 7º da LGPD, pode-se elencar hipóteses de aplicabilidade às relações empregatícias, inclusive para cumprimento de obrigação legal, execução do contrato e pelos interesses legítimos do controlador.

Destaque-se que os dados pessoais só poderão ser tratados nas atividades laborais seguindo também todos os princípios constantes na lei. Saliente-se, ainda, o quão importante é a sua finalidade, pois é necessário entender o destino dessa coleta, que deverá de forma legítima, específica, explícita, e com a ciência do seu titular, não sendo cabível sua utilização em qualquer outro meio além daquele de conhecimento do indivíduo.

Para Angelis (2020), ao analisar e aplicar o princípio da adequação, deve-se atentar para a concordância entre o tratamento do dado coletado e a finalidade informada à pessoa, não cabendo à empresa agir conforme seus interesses, mas devendo respeitar e ter como baliza a finalidade informada no momento da coleta.

Portanto, o empregador deve analisar no momento em que solicita e recebe os dados pessoais pois, conforme o princípio da necessidade, é necessário um mínimo de tratamento para atingir seu propósito.

Após a coleta de dados seguir os princípios acima expostos, o empregador, ora controlador, apesar de possuir total disposição sobre os dados coletados, deve permanecer prudente no tratamento, considerando que a transparência deve ser assegurada aos titulares, com informações distintas e de fácil acesso.

A etapa pré-contratual surge da necessidade de contratação. Todavia, não é somente divulgar uma vaga, mas sim analisar a necessidade a ser suprida no cargo. A coleta de dados deve ser direcionada às informações necessárias, sem que dados desnecessários ou em excesso sejam colhidos de forma desproporcional com o almejado. (VASCONCELOS, 2021). Nessa fase, pode-se citar os seguintes instrumentos de coleta de dados: ficha de inscrição, cadastro em site, currículo físico ou por meio eletrônico.

É importante salientar que, apesar do empregador decidir a concretização ou não da contratação, algumas informações sensíveis podem, conseqüentemente, atrair riscos jurídicos, tendo como base a rejeição do candidato, por sua orientação sexual, religião, ou características que podem ser vistas como prejudiciais por parte daquele que analisa os candidatos ao cargo.

Inclusive, em época de pandemia, as entrevistas podem se dar por videoconferência, e o armazenamento desses vídeos podem conter dados sensíveis, orientando-se então, seguir o Princípio da Minimização da Coleta de Dados, solicitando o mínimo possível de material, a fim de evitar possíveis condenações na esfera administrativa e judicial.

Ao final da seleção, o empregador deve constatar a necessidade da manutenção dos currículos e demais documentos que tenham relação com os candidatos não selecionados, sendo que a lei, que entrou em vigor em 18 de setembro de 2020, exige um correto descarte dessas informações, pois apenas devem ser mantidas quando há uma necessidade legítima e específica para tal ato, sempre com a devida ciência por parte do titular,



ora candidato, considerando a necessidade de uma manutenção adequada dessas, tendo em vista a possibilidade de um futuro vazamento, comum nos dias atuais.

Na etapa contratual, de maneira imprescindível, ocorre a solicitação de incontáveis dados pessoais referentes ao empregado. Exemplo disso, como citado anteriormente, por questão do distanciamento social decorrente do COVID-19, nasce a necessidade de utilização dos meios tecnológicos para atividades inerentes ao cargo, inclusive pelo *home office*, acarretando um aumento extraordinário de dados armazenados e, uma exposição maior aos riscos de vazamento de informações, ensejando uma maior responsabilidade por parte dos contratantes. (NETTO, 2020).

Outro fator de suma importância é a biometria, que atualmente é utilizada para o controle da jornada de trabalho. Esse método representa um grande risco quando analisada em contraponto com a LGPD, pois se trata de um dado extremamente sensível. (PINHEIRO; BOMFIM, 2020).

De igual modo, as informações relacionadas à saúde dos trabalhadores também podem ser citadas, considerando o fato de atestados médicos ocupacionais serem entregues aos empregadores, os quais devem ser utilizados com a única finalidade de aptidão para o cargo, bem como os dados para concessão de planos de saúde empresariais. No primeiro pressuposto, entende-se que não há necessidade de consentimento por parte do trabalhador, se tratando de obrigação legal do empregador, constante na Consolidação das Leis de Trabalho. Por conseguinte, as informações médicas fornecidas aos planos de saúde, obrigatoriamente, requerem autorização expressa do titular/empregado. (CRUZ, 2020).

Por fim, na fase pós-contratual, surge uma incógnita quando do possível descarte dos dados do antigo funcionário, devendo-se prestar atenção às informações de forma específica. De acordo com o artigo 15,

inciso III, da Lei Geral de Proteção de Dados, o término do tratamento dos dados pessoais ocorrerá na hipótese de comunicação do titular, solicitando que os dados sejam eliminados. (ARAÚJO, 2020).

Destaca-se que muitas dessas informações devem ser armazenadas por prazo indeterminado (atas da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), registro de empregados e livro de Inspeção do Trabalho), considerando a possibilidade de serem requeridas em possíveis fiscalizações, ou em decorrência de ações trabalhistas. De outro lado, conforme Faria (2020), informações relacionadas às relações de emprego (recibos de férias, pagamento de salário e acordos de compensação), o período de armazenamento é de 05 (cinco) anos, prazo condizente à prescrição trabalhista.

Como regra, sempre que possível, os dados devem, necessariamente, serem descartados. Entretanto, o artigo 16º, inciso I, da LGPD aduz que o empregador terá a possibilidade de conservação dos dados pessoais do funcionário, desde que seja com a finalidade de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, mesmo após solicitado a exclusão por parte do titular. Salienta-se, ainda, de acordo com Miziara (2020), que é vedada a propagação das informações para terceiros, especialmente em casos que possa gerar danos ao ex-empregado.

Por conseguinte, surge o questionamento acerca da possibilidade de a norma coletiva regulamentar questões pertinentes à proteção de dados pessoais, assunto que não se encontra regulamentado e não possui previsão expressa em lei. No entanto, sopesando a força da Reforma Trabalhista em contraponto com o tratamento de dados dos trabalhadores, entende-se que os Sindicados não possuem ascendência para versar sobre o tema, por abranger questões inteiramente associadas aos direitos fundamentais. (CORREIA; BOLDRIN, 2020).

Por fim, caso as regras da LGPD sejam descumpridas, pode haver penalidades, consistindo em advertências, multa diária ou simples no importe de 2% do faturamento, publicização da infração e também, interrupção, eliminação ou até mesmo a suspensão de forma parcial ou total do banco de dados.

As penas administrativas ocorrerão partir da data de 1º de agosto de 2021, mas, antes disso, qualquer trabalhador que se sinta afetado negativamente com relação aos seus dados poderá ajuizar ação para reparação dos danos sofridos, considerando o fato da lei estar em vigor. (VASCONCELOS, 2020).

Por fim, ressalta-se a importância da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas relações laborais, que trouxe consigo diversas mudanças no que tange às leis trabalhistas, principalmente no que diz respeito ao tratamento de dados e consentimento do titular. Por fim, considerando as mudanças, é necessário a adequação por parte do empregador, a fim de evitar a aplicação de sanções, bem como visando a segurança de seus empregados.

### **Considerações finais**

Com base nas discussões apresentadas ao longo desta redação, baseadas na doutrina e na legislação acerca da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, buscou-se contemplar a seguinte problemática: qual a aplicabilidade da LGPD às relações de trabalho? No entorno dessa problemática, as informações convergem para o esclarecimento acerca da importância da legislação, ora em pauta, para a preservação do trabalhador diante de inúmeras situações que colocam em risco a exposição inadequada de dados referentes a sua intimidade.

Tal exposição infringe princípios constitucionais tutelares da privacidade, da segurança, da liberdade, fundamentais para a preservação

da dignidade humana. Isso por que, conforme se verificou acerca dos direitos individuais da pessoa humana, são invioláveis: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Ao assegurar o sigilo de dados, a Constituição Federal tutela direitos fundamentais à efetivação dos princípios mencionados.

Estabelecendo consonância entre a CF/88, a LGPD e as leis que regem as relações de trabalho, o presente estudo verificou que a legislação brasileira, de fato, assegura ao cidadão as garantias necessárias à sua vida pessoal e sua convivência social. Contudo, as comunicações em rede, muitas vezes, ignoram as proteções legais, ocasionando conflitos com que estabelece a legislação e, conseqüentemente, a busca para o equacionamento desses litígios na esfera judiciária.

No contexto desses apontamentos, o presente trabalho aborda a temática da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que foi sancionada no dia 14 de agosto de 2018, porém entrou em vigor apenas em 18 de setembro de 2020. A referida lei, mais conhecida como LGPD, visa à regulamentação acerca da proteção de dados pessoais no território brasileiro.

Como mencionado no presente trabalho, o consentimento é a principal ferramenta abordada na nova legislação, trazendo consigo uma maior segurança e administração dos dados pessoais por parte daqueles que o fornecem. Apesar dessa questão já ser regulamentada de forma precária e esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, a criação da LGPD mostrou-se importantíssima devido aos altos índices de vazamento de dados, assim como coleta de forma descontrolada nos diversos âmbitos existentes que necessitam dessas informações.

Inclusive o direito trabalhista é uma área afetada pela nova regulamentação, cujas normas devem ser aplicadas de forma coerente e objetivando o cumprimento dos princípios constantes da Lei 13.709/2018.

Saliente-se que, em caso de descumprimento dos artigos referidos na nova norma, é possível a responsabilização pelo ato, inclusive com multas de valores elevados.

Por fim, diante das apreciações realizadas, cabe destacar, a importância da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, tanto para os titulares, quanto para os controladores. O presente artigo, buscou compreender com exatidão a abrangência da referida legislação, principalmente no que tange ao direito do trabalho e em quais momentos poderiam estar sendo violadas as regras expressas da regulamentação, abordando inclusive, casos mais ocorrentes da atualidade e alertando para possíveis violações da norma. A aplicabilidade da LGPD às relações de trabalho exige a responsabilização dos empregadores diante da possibilidade de divulgação inadequada de dados sem o consentimento do titular, ainda que essa exposição tenha ocorrido de forma involuntária.

Retomando-se a problemática proposta neste estudo, verifica-se, portanto, que a LGPD é perfeitamente aplicável às relações de trabalho, regidas por normas próprias, mas completamente consoantes às demais legislações.

## Referências

ANGELIS, Giovana de Abreu. **Os reflexos da nova lei de proteção de dados na esfera trabalhista**. Migalhas, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/311803/os-reflexos-da-nova-lei-de-protecao-de-dados-na-esfera-trabalhista>>. Acesso em: 08 de dez. de 2020.

ARAÚJO, Leandro Sampaio Correa de. **Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho**. Conjur, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/leandro-araujo-impactos-lgpd-relacoes-trabalho>>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

ASSIS E MENDES, Advogados. **Histórico das leis de proteção de dados e da privacidade na internet.** Assis e Mendes Advogados, 2020. Disponível em: <<https://assisemendes.com.br/historico-protECAo-de-dados/>>. Acesso em: 20 de nov. de 2020.

BOMFIM, Vólia; PINHEIRO, Iuri. **A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho.** Instituto Trabalho em Debate, 2020. Disponível em: <<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protECAo-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>> Acesso em: 18 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.296**, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final do artigo 5º da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm)>. Acesso em: 19 de jun. de 2021.

BRASIL. **Lei 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 19 de jun. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em: 19 de jun. de 2021.

CHIOSE, Juliana de Jesus Cunha. **O Direito à Privacidade e a Proteção de Dados: Princípios Norteadores e Compliance à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados.** JUSBRASIL, 2020. Disponível em: <<https://julianajcunha.jusbrasil.com.br/artigos/863995334/o-direito-a-privacidade-e-a-protECAo-de-dados-principios-norteadorezs-e-compliance-a-luz-da-lei-geral-de-protECAo-de-dados>>. Acesso em: 19 de jan. de 2021.

CORREIA, Henrique; BOLDRIN; Paulo Henrique Martinucci. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho.** Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/334212/lei-geral-de-protECAo-de-dados--lgpd--e-o-direito-do-trabalho>>. Acesso em: 19 de mar. de 2021.

CRUZ, Carlos Henrique. **LGPD nas relações trabalhistas**: o que sua empresa precisa saber. CHC Advocacia, 2020. Disponível em: <<https://chcadvocacia.adv.br/blog/lgpd-nas-relacoes-trabalhistas/>>. Acesso em: 11 de fev. de 2021.

FARIA, Francine de. **LGPD e seus reflexos nas relações de trabalho**. Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/338035/lgpd-e-seus-reflexos-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 27 de mar. de 2021.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. **O princípio da boa-fé na Lei Geral de Proteção de Dados**. Conjur, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-09/direito-civil-atual-principio-boa-fe-lgpd>>. Acesso em: 09 de out. de 2020.

LGPD na área: **Princípios básicos**. BrunSker Tecnologia, 25 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.brunsker.com.br/lgpd-principios-basicos/>>. Acesso em: 30 de mar. de 2020.

MIZIARA, Raphael. **LGPD**: razões de sua existência e impactos nas relações de emprego. Jota, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-razoes-de-sua-existencia-e-impactos-nas-relacoes-de-emprego-15032020>> Acesso em: 02 de abr. 2021.

NETTO, Thaís. **Quais os impactos da LGPD nas rotinas trabalhistas e nos contratos de trabalho?** Instituto de Direito Real, 2020. Disponível em: <<https://direitoreal.com.br/artigos/quais-os-impactos-da-lgpd-nas-rotinas-trabalhistas-e-nos-contratos-de-trabalho>>. Acesso em: 29 de out. de 2020.

NUNES, Natália Martins. **10 princípios da LGPD para o tratamento de dados pessoais**. ND&M Advogados, 2019. Disponível em: <<https://ndmadvogados.com.br/artigos/10-principios-da-lgpd-para-o-tratamento-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 15 de abr. de 2021.

OLIVEIRA, Gabriel Prado Souza de. **Sigilo de Dados no Brasil**: da Previsão Constitucional à Nova Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais. Âmbito jurídico, 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/sigilo-de>>

dados-no-brasil-da-previsao-constitucional-a-nova-lei-geral-de-protECAo-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 29 de mar. de 2021.

PESTANA, Marcio. **Os princípios no tratamento de dados na Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais**. Conjur, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-25/marcio-pestana-principios-tratamento-dados-lgpd>>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RIBEIROS, Milene Regina Amoriello Spolador. **Lei Geral de Proteção de Dados: Parte II – Os Princípios e os requisitos para a realização do tratamento de dados**. JUS, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68846/lei-geral-de-protECAo-de-dados-parte-ii-os-principios-e-os-requisitos-para-a-realizacao-do-tratamento-de-dados>>. Acesso em: 18 de dez. de 2020.

SANTI, Leandro. **Lei nº 13.709/ 2018: Análise à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais-LGPD**. 2020, 60 fls. Monografia para obtenção do título de Bacharel em Direito. Curso de Direito. Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2020. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/9605/Monografia%20-%20Leandro%20Santi%20-%202024.06.2020.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 30/04/2021.

VASCONCELOS, Esther. **LGPD: Saiba como a nova lei se aplica nas relações trabalhistas**. Jornal Contábil, 2020. Disponível em: <<https://www.jornalcontabil.com.br/lgpd-saiba-como-a-nova-lei-se-aplica-nas-relacoes-trabalhistas/>>. Acesso em: 23 de abr. de 2021.



## **A ineficácia da aposentadoria especial no RGPS pós-Emenda Constitucional nº 103/2019**

*Paulo Reni Kehl dos Santos*<sup>1</sup>  
*Edimara Sachet Risso*<sup>2</sup>

### **1 Introdução**

A maioria das pessoas, quando começa a trabalhar, quem sabe ainda na adolescência ou já na idade adulta, além de sua remuneração no final do mês e do seu futuro profissional, levam em conta a expectativa sobre sua futura aposentadoria. Afinal, quem nunca calculou qual idade terá ao se aposentar, mesmo tendo só trabalhado meses ou anos? Ou teve aquele lampejo de pensamento de que “eu nunca vou me aposentar!” ou “vou me aposentar com cem anos, isso de conseguir chegar lá!” ou “por que tenho que contribuir se nem sei se vou usufruir?”.

A aposentadoria, como direito de proteção social concedido na idade avançada, demora para chegar. São anos de trabalho e de contribuição, reunindo os requisitos para que possa usufruir do benefício. Às vésperas de ocorrer, uma alteração legislativa pode ser promovida e os critérios serem modificados. Ainda assim, é possível acreditar que a maioria das pessoas irão um dia se aposentar, ainda mais se pensar que a expectativa de vida no país só aumenta (ao menos antes da pandemia da SARS-COV 2 – Covid 19), e que um segurado pode viver ainda 30 anos após se aposentar, uma vez que como tudo vem em uma evolução constante, ainda

---

<sup>1</sup> Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. paulor.kehl@gmail.com.

<sup>2</sup> Professora na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, titular da disciplina de Direito Previdenciário, Mestra em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP. edimara@upf.br. Currículo na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4217221415921414>.

mais com o implemento da tecnologia e o conhecimento, que proporcionam melhores condições de vida à pessoa com idade avançada.

Como a maioria das pessoas se preocupa com o presente sem se preocupar com o futuro, a contribuição previdenciária é compulsória e de caráter obrigatório, ou seja, todos contribuem para a maioria usufruir, seja na aposentadoria, seja em algum infortúnio como uma doença ou um acidente, ou mesmo uma pensão por morte. Um sistema de previdência pressupõe todos os indivíduos ativos unidos, contribuindo para aqueles que precisam ou que já fizeram sua parte de contribuição.

Como toda mudança, existem algumas que são polêmicas, pois contrárias à manutenção ao à ampliação dos direitos, como as reformas legislativas, a exemplo da Trabalhista, a Reforma da Previdência e agora a Reforma Tributária. Em se tratando de reforma, o cidadão brasileiro já fica preocupado. No presente caso, será abordada a Reforma da Previdência, que ocorreu com a Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, mais especificadamente um ponto dela, a aposentadoria especial, que teve significativas mudanças e que, de certo modo, ficou especial apenas no nome. Com o presente trabalho, será possível entender o porquê esta aposentadoria tem o nome de especial, buscando, no contexto histórico, ver como ela surgiu, quais os segurados têm direito a ela, quais os requisitos para se aposentar de forma especial.

Outro ponto importante que será abordado são os princípios que regem a Previdência Social, tanto os princípios gerais, que são assegurados a todos e previstos na Constituição Federal, quanto os princípios específicos, que se destacam por suas peculiaridades e estão previstos alguns na Constituição Federal outros em leis específicas.

Também será possível entender um pouco mais sobre as atividades que geram a aposentadoria especial, divididas em grau de agentes nocivos

à saúde ou à integridade física, conforme o contato com os mesmos e de que forma o tempo de contribuição de cada segurado.

Ao final do presente trabalho, será possível refletir se a Reforma da Previdência apenas alterou significativamente a aposentadoria especial ou praticamente a extinguiu, deixando o “especial” apenas o nome dado a ela.

## **2 Aposentadoria Especial**

A aposentadoria é um benefício constitucionalmente assegurado à pessoa filiada ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), após cumprir os requisitos previstos em lei. Dentre as diversas formas de aposentadorias, uma delas será abordada neste trabalho, a aposentadoria especial. Esta aposentadoria, como explica João Ernesto Aragonés Vianna (2014, p. 524), é devida ao segurado que tiver trabalhado em condições que possam prejudicar sua saúde ou sua integridade física durante um certo período, não havendo, no período laborado, nenhuma forma de minimizar ou erradicar essas condições nocivas.

Logo, a aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria programada, ou seja, é regida pelo tempo de contribuição, em que o segurado exerce atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física, sendo reduzido o tempo necessário para sua concessão perante as outras formas de aposentadorias programáveis (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 1023).

Esse benefício foi criado pela Lei nº 3.807/1960, dispondo sobre a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), com muitas alterações posteriormente. Pode ser considerado o primeiro passo para o segurado, uma vez que, no artigo 31 da Lei, havia a restrição de idade mínima de 50 anos para o segurado se aposentar de forma especial. Em 1964, através do Decreto nº 53.831, de 25 de março, foi adotado um quadro, como anexo,

relacionando quais os agentes químicos, físicos e biológicos dariam direito à aposentadoria especial (SANTOS, 2019, p. 296).

No artigo 31 da Lei nº 3.807/1960, também foi instituído quanto tempo de contribuição o segurado especial deveria trabalhar para poder ter direito à aposentadoria especial, sendo 15, 20 ou 25 anos, isso ocorria antes da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019 (EC 103). O segurado que trabalhava em atividade especial, precisava trabalhar, de forma ininterrupta, para fins de aposentadoria especial, durante 15, 20 ou 25 anos, para poder se aposentar, independentemente da idade que possuía. Com a entrada em vigor desta EC 103, conhecida popularmente como a Reforma da Previdência, houve uma grande mudança em relação à aposentadoria do segurado que busca a aposentadoria especial. Agora, o segurado deverá ter a idade mínima de 55 anos quando se tratar de aposentadoria especial com 15 anos de contribuição, 58 anos para os que necessitam 20 anos de contribuição e 60 anos de idade, para aqueles que necessitam ter 25 anos de contribuição na atividade especial.

Para fins previdenciários, essas atividades são de suma importância, pois, a partir delas, o segurado poderá aposentar-se antes dos demais, como prevê o artigo 201, §1º, II, da Constituição Federal, que menciona ser vedada a adoção de critérios ou requisitos para a concessão de benefícios, excetuando as pessoas com deficiência ou cuja atividade seja de efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde. Vale ressaltar o final do inciso que prevê que o que difere na atividade especial é o contato efetivo com um agente ou mais e não pela profissão ou categoria profissional, havendo formas de comprovação de que o trabalhador teve contato com os agentes, tais formas de comprovação serão vistas mais adiante. Constitucionalmente previstos no artigo 7º, XXIII, os adicionais de insalubridade, periculosidade e

penosidade serão regulamentados na forma da lei, sendo que este último ainda não possui legislação específica. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) hoje, nos artigos 192 e 193, §1º, delimita a porcentagem que deve ser paga a título de adicional ao trabalhador na condição insalubre ou perigosa respectivamente.

A aposentadoria especial, prevista constitucionalmente, enfrenta grandes dilemas em relação a quem tem direito de se aposentar sob seus critérios, como no caso do autônomo que, mesmo cumprindo os requisitos previstos no artigo 57 da Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS) como trabalho permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física (§ 3º) pelo período de 15, 20 ou 25 anos. Segundo o INSS no artigo 64 do Regulamento da Previdência Social (RPS), diz que são considerados para fins de aposentadoria especial, o segurado empregado, o trabalhador avulso e o contribuinte individual, este último somente quando filiado à cooperativa de trabalho ou de produção, não é considerada atividade especial o contribuinte individual que não esteja filiado à cooperativa, pois, não há forma de o segurado comprovar a exposição a agentes que possam prejudicar à saúde e a integridade física. Também o autônomo não possui fonte de custeio para que possa gozar do direito de aposentar-se de forma especial.

Como explicam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2020, p. 1032), é equivocada a exclusão dos segurados autônomos que exercem atividades nocivas à saúde e à integridade física, visto que a Lei de Benefícios não estabelece qualquer restrição, sendo que prevalece a exposição aos agentes e não a relação de emprego. O fundamento é que a Lei nº 9.032/1995, que modificou o artigo 57 da Lei de Benefícios, prevê que caberá ao segurado a comprovação que exerce atividades que prejudiquem a saúde, não sendo possível comprová-las apenas pela

profissão exercida. O argumento de que a falta de previsão legal para que o contribuinte individual não possa se aposentar de forma especial porque não contribuiu a mais conforme a Lei de Custeio, transfere ao segurado um prejuízo que se deu por omissão do legislador. Também não poderia ser reconhecida a aposentadoria especial de nenhum outro segurado antes da Lei nº 9.732/1998, que criou a contribuição adicional (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 1032).

Com este entendimento, a Turma Nacional de Uniformização (TNU) editou a Súmula nº 62, que prevê que “o segurado contribuinte individual pode obter reconhecimento de atividade especial para fins previdenciários, desde que consiga comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física”. Desse modo, o segurado individual precisa apenas comprovar sua permanência a agentes prejudiciais à saúde, porém, ainda não é de fácil ao profissional autônomo conseguir a concessão do benefício de forma administrativa, normalmente tendo que recorrer ao judiciário, posteriormente.

Com a Reforma da Previdência, para que o segurado possa se aposentar, deverá ter, no mínimo, 60 anos de idade e 25 anos de atividade especial, no caso de atividades de baixo risco, 58 anos de idade e 20 anos de atividades de médio risco e 55 anos de idade e 15 anos de atividade especial para as atividades de alto risco. É importante mencionar que antes da reforma, o segurado recebia, ao se aposentar, 100% da média dos 80% maiores salários de julho de 1994 até o mês anterior à aposentadoria e hoje receberá 60% mais 2% ao ano acima de 20 anos da atividade especial para homens e acima de 15 anos de atividade especial para mulheres, sendo o cálculo do valor feito a partir de 100% das contribuições feitas pelo segurado. Com a regra de transição, a aposentadoria especial, diferente das demais, não distingue entre homens e mulheres referente às idades mínimas e ao tempo de contribuição, ficando apenas distinto o cálculo da

Renda Mensal Inicial (RMI) (GOES, 2020, p. 198). Se for o caso de o trabalhador trabalhar em minas subterrâneas (atividade de alto risco), o acréscimo se dará acima de 15 anos de atividades especial para homens e mulheres e, nesse caso, não mudaria nada.

Com a regra de transição, prevista no artigo 21<sup>3</sup> e incisos da EC, para aqueles segurados que já estão filiados até a promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019, há uma espécie de “pedágio” para que possa se aposentar, devendo o segurado ter adquirido uma pontuação mínima para poder se aposentar de forma especial. Caso o segurado exerça atividade de alto grau ao agente nocivo, deverá atingir 66 pontos e, no mínimo, 15 anos de efetiva exposição ao agente, já se for grau médio, deverá atingir 76 pontos e, no mínimo 20 anos de efetiva exposição e se for grau mínimo, deverá o segurado atingir o total de 86 pontos e 25 anos de efetiva exposição. Essa pontuação se dará pelo cômputo da soma da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição.

Aos segurados que se filiarem após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103/2019, será exigida a idade mínima para se aposentar, conforme o artigo 19, §1<sup>04</sup>, I, da Emenda, que será de 55 anos

---

<sup>3</sup> Art. 21. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de: I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição; II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição.

<sup>4</sup> § 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria: I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos: a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição; b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição;

de idade para atividade especial de 15 anos de contribuição, 58 anos de idade para atividade especial de 20 anos de contribuição e 60 anos de idade quando se tratar de atividade de 25 anos de contribuição. O artigo 26 da Emenda Constitucional traz que, além de ser computada toda a competência contributiva do segurado desde julho de 1994, ou desde o início da contribuição se o segurado tenha se filiado posteriormente, o que antes era apenas 80% das maiores contribuições, agora ainda o benefício por aposentadoria se dá com 60% da média aritmética, mais 2% para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos, limitando-se a 100% (artigo 26, §2º) e se exceder 15 anos, no caso de aposentadoria especial em exposição a agentes de grau máximo e para mulheres filiadas ao RGPS (artigo 26, §5º). Dessa forma, um enfermeiro que se forma com 25 anos de idade, filiado à Previdência Social após a promulgação da Emenda, deverá, além de laborar por 25 anos em atividades nocivas, chegando provavelmente aos 50 anos de idade, deverá ainda ter mais 10 anos de trabalho até preencher os requisitos previstos para se aposentar, porém, ainda assim, não mais receberá a integralidade do salário de benefício, e sim, 90%, pois, receberá os 60% mais 2% por cada ano trabalhado que exceda os 20 anos como explicado anteriormente, sendo assim, trabalhara 15 anos além dos 20 e receberá 60% mais 15 anos, multiplicado por 2% por ano excedente ( $60\% + 15 \times 2 = 90\%$ ).

Outro ponto que é preciso frisar é sobre o tema 709, do STF, que, por sua maioria, acolheu a tese de que é constitucional o §8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/1991, que diz que se aplica o artigo 46 desta mesma Lei a quem se aposenta de forma especial segurado que se aposenta de forma especial. O artigo 46 prevê que o “aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno, ou seja, se o segurado se aposentar de forma especial, deverá se afastar das condições prejudiciais à saúde ou



integridade física. Tendo em vista que a aposentadoria especial é para prevenir a integridade do segurado, nesse ponto, acertara o STF, porque, se o segurado que se aposenta de forma especial, se aposentaria antes dos demais, justamente como forma de “premiação” pelo tempo de exposição. Porém, essa é uma afirmativa correta antes da EC 103 (mais adiante será visto que, após a reforma, praticamente está extinta a aposentadoria especial), afinal, se o segurado, para evitar que sua saúde ou integridade física fosse agredida, se aposentasse antes, não deveria ele permanecer em labor em condições degradantes. Cabe frisar que não quer dizer que o segurado que se aposenta de forma especial não possa continuar trabalhando, inclusive no mesmo emprego que trabalhava antes de se aposentar de forma especial, porém, seu contato com agentes nocivos não poderá ser de forma não eventual, ou até mesmo, possa haver um acordo entre empregador e empregado de que o mesmo deixe de exercer atividades perigosas ou insalubres. Por óbvio, nem sempre será possível isso, pois, há profissões que não toleram esse afastamento, como no caso de um cirurgião-dentista que seria difícil conseguir seu afastamento da condição insalubre.

Outro ponto que o Tema 709 do STF abordou foi que o pagamento da aposentadoria especial, ou seja, a Data do Início do Benefício (DIB) se dá desde a Data de Entrada do Requerimento (DER). Isso significa que o segurado poderá continuar trabalhando em atividade que contenha risco à integridade física ou à saúde até que seja concedida, administrativa ou judicialmente, a efetiva aposentadoria e receber todos os “atrasados” sem ter o risco de perdê-los por ainda estar exercendo a atividade danosa, porém, assim que for concedida a aposentadoria especial, caberá ao segurado afastar-se das atividades danosas, ao menos de forma não-eventual. A maior dificuldade para o INSS será conseguir comprovar se o trabalhador está trabalhando de forma não-eventual, devendo se basear

pelo Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), o que antes era difícil para o empregado conseguir comprovar sua exposição aos agentes nocivos, após a aposentadoria do segurado, fica muito difícil à fiscalização por parte do INSS (GOES, 2020).

Outro ponto que veio com a Emenda Constitucional nº. 103/2019 é que, até a data da promulgação dessa Emenda, é possível a conversão do tempo especial em comum, podendo o segurado converter o tempo de contribuição em atividade especial como se tivesse laborado em atividade comum, mas o que isso significa? Significa que o segurado que trabalhou por 20 anos em atividade especial, que precisaria de 25 anos de efetiva exposição aos agentes, por exemplo, poderá multiplicar esse tempo pelo coeficiente de 1,4 para homens e 1,2 para mulheres, para que possa fazer a conversão e se aposentar de forma comum. Os fatores de multiplicação se dão pela divisão do tempo de contribuição para se aposentar de forma comum (35 anos de contribuição, se homem e 30 anos de contribuição, se mulher) pelo tempo de contribuição para se aposentar de forma especial (25 anos de contribuição, independentemente do sexo), por esse motivo que o fator de conversão do homem é maior do que o da mulher (GOES, 2020, p. 202).

A partir da entrada a entrada em vigor da Emenda Constitucional, ficou vedada a conversão de atividade especial em comum, ou seja, o segurado só poderá converter o tempo de atividade especial em comum até a data de 12 de novembro de 2019 (direito adquirido que será visto mais adiante); após essa data, o tempo de atividade especial, será contabilizado, se o segurado optar por se aposentar de forma comum, como se fosse uma atividade comum.

### **3 Princípios atinentes à aposentadoria**

O direito superou o positivismo de Kelsen e, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiram vários princípios constitucionais que circulam aos basilares como o princípio da dignidade da pessoa humana e o bem-estar da sociedade, como nessa visão de que o princípio tem uma visão mais generalizada, inspirando outras ideias, a fim de tratar de cada instituto. É possível dizer que é o alicerce das normas jurídicas de certo ramo do direito, sendo como base para a construção positiva de certa matéria (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 161).

Os princípios norteiam o ramo do direito como um todo, assim como todo o regramento pátrio, através dos princípios e das regras surgem as normas e elas servem para direcionar uma sociedade como preconiza o artigo 5º, II da Constituição Federal que diz “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, ou seja, a sociedade é livre para fazer o que bem entender, mas, dentro da lei. O princípio é uma ideia mais geral buscando outras ideias para tratar cada instituto, é o alicerce das normas jurídicas de certo ramo do direito, fundamentando a construção do ordenamento em certa matéria (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 161). Podem ser classificados como gerais e específicos. Os princípios gerais são apreciados em todo o ordenamento jurídico, já os princípios específicos ou setoriais, se destacam a um ramo específico do direito (PADILHA, 2020, p. 168).

Segundo Humberto Ávila (2005, p. 8), o direito é um sistema não pode ser composto só de princípios ou só de regras, pois, se for basear um sistema jurídico somente em princípios, se tornaria muito flexível, surgindo uma insegurança jurídica que colocaria o poder nas “mãos” do Poder Judiciário. E, um sistema só de regras, se tornaria um sistema muito rígido, retornando ao positivismo de Kelsen, ficando o poder entranhado aos Poderes Legislativo e Executivo.

No direito previdenciário, existem princípios gerais, previstos na Constituição Federal, que englobam todos o ordenamento jurídico pátrio, como o princípio da solidariedade, o princípio da vedação do retrocesso social e o princípio da proteção. Os princípios atinentes ao direito previdenciário, que também estão previstos na Carta Magna como no artigo 194, parágrafo único, que dispõe sobre os objetivos da seguridade social e são autênticos princípios setoriais aplicáveis, de grosso modo, apenas a ela, como o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, irredutibilidade do valor dos benefícios e equidade na forma de participação no custeio (SANTOS, 2019, p. 40-42). Alguns dos principais princípios que podem ajudar a entender o direito previdenciário serão elencados nos próximos parágrafos.

O princípio da solidariedade é um dos princípios primordiais do direito previdenciário, na busca do bem-estar coletivo, da proteção de todos os membros, partindo da ação coletiva para repartir os frutos futuramente, dividindo o trabalho de cada um em prol de todos (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 162-163). É previsto no artigo 195 da Constituição Federal: “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta...”, ainda mais se levar-se em consideração que, além da previdência social, a seguridade social passou a elencar a saúde e a assistência social, esses dois últimos, não necessariamente, financiados diretamente pelo cidadão, pois, mesmo sem contribuir para a previdência social, todos poderão gozar dos direitos à saúde, que é para todos, e da assistência social, que servirá para casos específicos de vulnerabilidade social. A forma de contribuição direta se dá pelo caráter obrigatório como previsto no artigo 201, caput, da Constituição Federal, que são os casos da filiação obrigatória do trabalhador e a contribuição patronal do empregador. Já na forma indireta, que se dá na forma da lei, surge do consumo de produtos e serviços, dentre outros previstos no artigo 195 da

Constituição Federal, que ajuda a entender de onde sai parte do custeio para a saúde e assistência social que independem de contribuição (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 162-163).

Já, o princípio da vedação do retrocesso social, consiste na impossibilidade de redução das implementações de direitos fundamentais que já estão implantados no ordenamento jurídico, são direitos que não podem ser reduzidos ao seu alcance de modo a preservar o mínimo existencial (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 162). Esse princípio é importante para uma sociedade que não pode esquecer de sua história para que, com seus erros e acertos, não cometa os mesmos erros do passado, como precisou ocorrer com protestos, guerras e revoluções.

O princípio da proteção ao hipossuficiente busca trazer a norma a ser mais favorável à pessoa, proporcionando uma condição mais próxima do ideal constitucional, protegendo o vulnerável do poder gigante estatal. Nesse princípio, pode-se ter por base o caso de alguém que nunca contribuiu e precisa cuidar de sua saúde, e terá direito assegurado pela Constituição e a todos. Também é o caso daquele que chega no final da sua vida sem contribuir e necessita de amparo para conseguir se manter, possuindo benefício específico para este, como no caso do Benefício da Prestação Continuada (BPC), com caráter personalíssimo (não gera direito à pensão por morte nem natureza previdenciária e também não tem direito ao décimo terceiro salário - artigo 22 do De. Nº. 6.214/2007) (SANTOS, 2019, p. 71). Mas também tem a proteção daquele que até quer contribuir, porém, não possui renda suficiente que não irá prejudicar o seu sustento e de sua família, para sair da informalidade, o §12 do artigo 201, modificado pela E.C. 103/2019, buscou promover sua inclusão, desde que atenda aos requisitos de trabalhar exclusivamente ao trabalho doméstico, no âmbito de sua residência e pertença à família de baixa renda, receberá um salário mínimo de aposentadoria. Também há a possibilidade do

contribuinte individual e do microempreendedor individual, além do segurado facultativo sem renda que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico (SANTOS, 2019, p. 88). Todos esses contribuem com 5% sobre o salário mínimo vigente à época do recolhimento.

Na seara dos princípios específicos, o princípio da universalidade da cobertura e atendimento, previsto no inciso I, do artigo 194, da Constituição Federal, prevê que todos têm o direito ao atendimento e uma ampla cobertura aos riscos sociais, devendo a proteção social alcançar a todos que necessitem. Também cabe destacar que a universalidade possui um caráter de igualdade material, devendo, por esse entendimento que busca igualar os desiguais e diferenciar os iguais na proporção de suas desigualdades. Pode ser dividida em universalidade de cobertura, que são as necessidades das pessoas atingidas por uma contingência humana taxativa, sendo previamente prevista no ordenamento jurídico, e a universalidade do atendimento, que trata das adversidades ou aos acontecimentos, em que a pessoa atingida não mantenha condições próprias de renda ou subsistência (AGOSTINHO, 2020, p. 64).

Esse princípio visa a proteger a todos dos infortúnios da vida como doenças, acidentes, velhice, invalidez e outros que a pessoa está sujeita, tornando a Seguridade Social acessível a todas as pessoas residentes no país, inclusive estrangeiros. Em relação à saúde, este princípio se aplica sem nenhuma restrição, já na assistência social, apenas se aplica aos necessitados e em relação à Previdência Social, por possuir caráter contributivo, apenas aqueles que contribuem para o sistema previdenciário possuem cobertura (GOES, 2020, p. 46). Como é possível perceber, somente o direito à saúde possui universalidade plena, ou seja, independentemente de ser segurado ou não, de ser vulnerável ou não.

O princípio da irredutibilidade dos valores dos benefícios é um princípio que visa a assegurar o mínimo necessário para a sobrevivência

digna da pessoa, como previsto na Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso IV, que prevê que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, como se sabe, só com o salário mínimo, é impossível poder realizar todas essas necessidades. Legalmente concedido, não pode ter seu valor reduzido, não podendo ser objeto de descontos, com exceção aos previstos em lei ou ordem judicial, inclusive ser matéria de arresto, sequestro ou penhora (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 166). Logo, esse benefício deveria suprir o mínimo necessário, não podendo sofrer redução no seu valor mensal.

O princípio da irredutibilidade está previsto também no parágrafo 4º, do artigo 201, da Constituição Federal, que garante o reajuste dos benefícios para preservar o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei (SANTOS, 2021, p. 22), também está previsto no artigo 2º, V, da Lei nº 8.213/1991 (Plano de Benefícios da Previdência Social) que prevê que a irredutibilidade do valor dos benefícios deve preservar o poder aquisitivo. Até por que a partir do momento em que o segurado garante um benefício, já possui direito adquirido sobre seu valor, o que poderá é cessar o benefício dependendo do seu caráter, porém, não poderá reduzi-lo. Isso faz com que o segurado tenha uma certa segurança jurídica e financeira e futura, uma vez que, não havendo a redução de seu benefício, evita que o mesmo fique preocupado com o futuro de que seu benefício seja reduzido.

Já o princípio da equidade na participação e custeio diz que todos que devem contribuir, porém de forma material, ou seja, mantendo a proporção de quotas com que cada segurado contribuinte irá contribuir para a satisfação da seguridade social, de grosso modo, quem ganha mais, paga mais (dentro do teto previdenciário) e quem ganha menos paga menos (conforme o mínimo legal), ficando agora com a reforma muito

mais evidente com quatro alíquotas de contribuição (7,5%, 9%, 12% e 14%) na medida de seu salário, cada um participando conforme sua capacidade econômica, quanto maior for a capacidade econômica do segurado contribuinte, maior será a contribuição que deverá realizar para o fundo de custeio da seguridade social. Outro ponto de equidade é que a participação do custeio da seguridade será feita por todos da sociedade como empresas, trabalhadores, entes públicos e concursos de prognósticos (AGOSTINHO, 2020, p. 64-67).

Porém, Mariza Ferreira Santos (2021, p. 22) discorda de que o conceito de equidade está vinculado à capacidade contributiva, uma vez que, segundo ela, equidade está ligada à ideia de justiça no sentido de gerar contingências que terão cobertura pela seguridade social, devendo considerar em primeiro lugar a atividade exercida pelo sujeito passivo e, somente depois, a capacidade econômico-financeira. Sendo assim, quanto maior a probabilidade de a atividade exercida gerar contingências na cobertura, maior deverá ser a contribuição, ou seja, segundo ela, o princípio da equidade na participação, visa ao risco de o contribuinte de usar os benefícios como auxílio-doença, por exemplo e, depois, seu salário.

O princípio do direito adquirido, constitucionalmente previsto no artigo 5º, XXXVI<sup>5</sup> da Constituição Federal, enfrenta um dilema quando surge o conflito de direito adquirido com a expectativa de direito. Daí cabe ressaltar que o direito, como uma experiência normativa, cuida para que a sociedade humana se correlacione com sua comunidade social visando a um controle dos seus seres desde o nascimento até sua morte (SOARES, 2019, p. 15). Mas não se pode esquecer que o nascituro possui direito adquirido conforme explica o artigo 2º do Código Civil que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida...”, ou seja,

---

<sup>5</sup> Art. 5º. [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;



segundo a teoria natalista, ao nascer com vida, o recém-nascido garante seus direitos civis, dotado de personalidade, podendo ser dotado de receber herança e até mesmo ter nomeado um curador, se necessário (GONÇALVES, 2019, p. 109). Porém, na segunda parte do artigo 2º, menciona que “... a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, ou seja, nesse caso, antes mesmo de nascer, já alguns direitos ao nascituro como os alimentos gravídicos, que visam auxiliar a mulher durante a gravidez, podendo, após o nascimento, com vida, os alimentos serem convertidos em pensão alimentícia (GONÇALVES, 2019, p. 113). No caso de haver uma herança, sairia uma expectativa de direito a um nascituro, que poderá, com seu nascimento com vida, se tornar um direito adquirido.

A expectativa de direito, conforme explica Soares, é “a mera possibilidade de aquisição de um direito, porque dependente do implemento de circunstâncias ainda não consumadas” (2019, p. 65). Na expectativa de direito, assiste uma probabilidade de, futuramente, ser possível usufruir daquele direito. A vida das pessoas é um ciclo em que se nasce, cresce, reproduz e morre, sendo possível serem usurpadas algumas etapas intermediárias. Como uma sequência de eventos, o direito traz um ciclo que, ao longo da “vida”, vai se modificando e uma norma que por hora é vigente, surge outra e a modifica ou a extingue, deixando de produzir efeito a norma anterior, pois, seu fato gerador não se aperfeiçoou (BARROSO, 2019, p. 190). A expectativa de direito não possui nenhuma previsão constitucional. Já o direito adquirido, por sua vez, possui previsão constitucional e é tratado como uma cláusula pétrea, por serem os direitos e garantias individuais bens jurídicos previstos no artigo 5º, XXXVI. Diferenciando da maioria dos países, no Brasil, o direito adquirido tem status constitucional (BARROSO, 2019, p. 188). O direito adquirido, não só por ser constitucional, traz uma certa segurança jurídica à sociedade, da

mesma forma que a expectativa de direito pois, um indivíduo, ao viver com a expectativa de adquirir algum direito em determinado tempo, às vezes cultivando aquela expectativa por anos, ao adquiri-lo ou estar próximo a isso, é criada uma lei que o extingue.

Considera-se que o direito adquirido pode ser exercido pelo seu titular ou alguém que por ele possa exercer, sendo um direito já incorporado definitivamente ao patrimônio do sujeito (SOARES, 2019, p. 64). O titular do direito adquirido, apesar de ter incorporado em seu patrimônio, não precisa gozar desse seu direito de imediato, podendo assim o fazer futuramente. Ao gozar de seu direito adquirido, o titular estará consumando o ato jurídico perfeito. Como exemplo, é possível citar um trabalhador filiado ao Regime Geral da Previdência Social que precisa atingir os requisitos para se aposentar. Até atingir todos os requisitos previstos em lei, possui apenas uma expectativa de direito à aposentadoria, e, após atingir todos os requisitos legais, poderá se aposentar, se assim quiser, ou usufruir de seu direito futuramente.

Para adentrar em alguns pontos específicos da Reforma da Previdência, e como no sistema previdenciário o tempo rege o ato, uma alteração legislativa pode mudar substancialmente a vida de um segurado, como no caso de um segurado que está prestes a se aposentar, trabalhou por muitos anos até chegar a tão esperada hora e, faltando pouco tempo para o tão sonhado aposento chegar, vem uma legislação nova que muda todas suas expectativas, como no caso de um segurado com 48 anos de idade, que trabalhou por 23 anos em condições que poderia se aposentar de foram especial, no momento da promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019, faltando apenas dois anos para se aposentar, o qual se aposentaria com 50 anos de idade e, com a Reforma da Previdência, agora precisará trabalhar, segundo a regra de transição, até atingir 86 pontos, ou seja, deverá trabalhar mais sete anos e meio, para

assim, poder se aposentar e, ainda assim, não receberá 100% o salário do benefício, apenas, 81% de todas as suas contribuições.

Como é possível perceber, com a reforma da previdência, há uma certa desproporcionalidade ao segurado que está prestes a se aposentar e que trabalhou por anos em condições nocivas à saúde ou integridade física, ferindo dois grandes princípios constitucionais que muitos doutrinadores até consideram sinônimos, porém, há uma pequena diferença entre eles: o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade tem sua origem no direito alemão e traz uma ideia de proporção, porém, ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos, onde um é o meio para obter determinado fim. Para analisar se está de acordo com o princípio da proporcionalidade, é preciso se observar alguns parâmetros fundamentais como o da adequação que observa se o meio promove determinado fim, a necessidade que traz se o meio utilizado seria o único modo para aquele determinado fim e a proporcionalidade em sentido estrito, que observa se as vantagens trazidas pela promoção do fim compensam as desvantagens provocadas pela adoção do meio (ÁVILA, 2005, p. 115-116).

Já o princípio da razoabilidade, de origem norte-americana, traz uma ideia de equilíbrio, coerência e bom senso, não bastando apenas a lei atender à finalidade pública pretendida, mas também, como este fim público deve ser atendido. Como exemplo, pode-se citar o caso de se exigir que aposentados e pensionistas com mais de 80 anos devam comparecer a um posto do INSS, sob pena de suspensão do benefício, a fim de provarem que estão vivos (MAZZA, 2021, p. 83). Por mais que fazer a prova de vida seja algo muito importante para evitar fraude ao sistema previdenciário, exigir que alguém com mais de 80 anos se faça presente a um posto do INSS não seria razoável. Outro exemplo é um metalúrgico ter que trabalhar por 40 anos em um ambiente altamente insalubre e

perigoso. O postulado da razoabilidade deve ser utilizado para que se verifique que há dois elementos para serem analisados: o critério e a medida. Deve haver uma determinada relação de congruência entre eles (ÁVILA, 2005, p. 109-110), sob pena de não ser proporcional.

O que se pode dizer é que os dois princípios servem de limitadores do poder estatal, onde o primeiro busca analisar se o meio utilizado é proporcional para determinado fim e o segundo traz uma ideia harmonização do geral para com o individual, do direito para com suas relações externas.

#### **4 Atividade especiais**

As atividades especiais, como o próprio nome sugere, são atividades que possuem algumas peculiaridades que uma atividade considerada normal não tem, como agentes nocivos à saúde, sejam eles químicos, físicos ou biológicos. Conforme o grau de atuação do trabalhador com o agente, maior é o risco de degradação da sua saúde, devendo receber um adicional pelo risco de estar exposto a tal agente. Como explica Leite, os adicionais “têm por escopo compensar o trabalho realizado em situações que exijam maior desconforto do empregado em razão do tempo e do lugar da prestação do serviço ou que representem maior risco para sua saúde” (2019, p. 493).

Para fins previdenciários, essas atividades são de suma importância, pois, a partir delas, o segurado poderá aposentar-se com critérios diferenciados dos demais, como prevê o artigo 201, §1º, II da Constituição Federal, que menciona ser vedado a adoção de critérios ou requisitos para a concessão de benefícios, excetuando as pessoas com deficiência ou cuja atividade seja de efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde. Vale ressaltar que, no final do inciso, o que difere a atividade especial é o contato efetivo com um agente ou mais e não pela

profissão ou categoria profissional, havendo formas de comprovação de que o trabalhador teve contato com os agentes, das quais se tratará mais adiante.

Constitucionalmente previstos no artigo 7º, XXIII, os adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade serão regulamentados na forma da lei, sendo que este último, ainda não possui legislação específica. A CLT, hoje, nos artigos 192 e 193, §1º, delimita a porcentagem que deve ser pago de adicional ao trabalhador na condição insalubre ou perigosa respectivamente. São atividades insalubres aquelas que o trabalho é realizado em lugares cujas condições estão sujeitas a agressões de agentes físicos, como o elevado ruído, químico como o composto de carbono ou biológicos como as doenças hospitalares nocivos à saúde (LEITE, 2019, p. 495). Conforme o artigo 190 da CLT, cabe ao Ministério do Trabalho aprovar quais as atividades e operações serão consideradas insalubres, bem como quais os limites de tolerância, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a tais agentes. Os limites de tolerância para saber se as condições são insalubres estão previstas na Norma Regulamentadora nº 15 (NR 15). Para a jurisprudência dominante, esta norma que é atualizada constantemente, possui rol taxativo, necessitando para que seja comprovada a situação insalubre no caso concreto (LEITE, 2019, p. 496).

Um dos grandes problemas da NR 15 é que são catalogados menos de 200 substâncias, sendo que hoje estão cadastradas na Chemical Abstract Service (CAS), uma das mais importantes fornecedoras de informações químicas do mundo, mais de 143 milhões de substâncias químicas orgânicas e inorgânicas. A cada dia são adicionadas cerca de 15 mil novas substâncias ao seu banco de dados (BRITO FILHO; QUARESMA, 2019, p. 265).

Para que o segurado consiga atingir os requisitos para se aposentar de forma especial é preciso que comprove que sua atividade se deu de forma permanente em contato com agentes nocivos à saúde conforme o artigo 64, §1º, I, do Decreto nº 3.048/99, Regulamento da Previdência Social (RPS). Também se considera trabalho permanente, períodos de descanso que constam na legislação trabalhista como férias e afastamento por auxílio-doença, salário-maternidade e aposentadoria por invalidez de acordo com o artigo 65, parágrafo único do RPS (BRAGANÇA, 2012, p. 181). Esta comprovação veio mudando no decorrer da história, sendo modificada várias vezes até chegar à regra vigente hoje.

No instituto previsto para o segurado contribuinte, rege o princípio do *tempus regit actum* (o tempo rege o ato), ou seja, a lei nova não poderá retroceder e retirar direitos adquiridos pelo segurado, “o tempo de serviço/contribuição deve ser disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador” (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 1034).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 202, II, estabeleceu que pessoas em condições especiais poderiam se aposentar com tempo inferior aos demais. Com a criação da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, Plano de Benefício da Previdência Social (PBPS), mais precisamente no artigo 57, tratava sobre a aposentadoria especial que mencionava “a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.” Como é possível perceber, ao ser criada, a Lei falava nas atividades profissionais, independentemente de o segurado estar ou não em contato com agentes nocivos, bastando apenas comprovar que sua função exercida estivesse prevista como especial, ensejando assim, a presunção absoluta de

exposição sem precisar comprovar a condição de trabalho. Com base no princípio supracitado, firmou-se o entendimento de que até a criação da Lei nº 9.032/ 1995, bastava que o segurado fosse listado na categoria profissional, não precisando comprovar a efetiva exposição permanente às condições insalubres (LEITÃO; MEIRINHO, 2018, p. 311).

Em 1995, com a criação da Lei nº 9.032, em 28 de abril, que altera o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, acrescentando que o segurado, além de comprovar que exerce a atividade especial, deverá comprovar que tem exposição a agentes químicos, físicos ou biológicos, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. Estes agentes, consoante o artigo 58 da Lei nº 8.213/1991, serão definidos pelo poder executivo considerado um rol exemplificativo (LEITÃO; MEIRINHO, 2018, p. 313), sendo vedada a concessão de aposentadoria especial apenas pela categoria profissional, porém, até a entrada em vigor desta Lei, é resguardado o direito ao reconhecimento da aposentadoria especial apenas pela categoria profissional, admitindo-se inclusive outras categorias por analogia das ocupações previstas no Decreto nº 53.831/1964 e no Decreto nº 83.080/1979, conforme o Representativo de controvérsia Tema nº 198 da TNU que traz que o órgão julgador justifique a semelhança entre a atividade do segurado e a atividade previstas nos Decretos. Nesses casos, é possível ser pedido prova pericial para a comprovação de semelhança para a equiparação da profissão e concessão à aposentadoria especial. Outro ponto importante sumulado pela TNU, foi a Súmula 49 que traz que a exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física não precisa ocorrer de forma permanente (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 630).

Para que seja comprovado que o segurado tenha trabalhado em condições que agridam sua saúde física e mental, é necessária a elaboração de formulário, conforme previsto no artigo 58 da Lei nº 8.213/1991 que

traz em seu parágrafo primeiro que “a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista”, ou seja, quem estabelece a forma que deve ser feita a comprovação do laudo técnico é o próprio INSS e deve ser emitido pela empresa ou seu preposto, no parágrafo segundo, traz que deve constar informações sobre a existência de tecnologia para que haja proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância. Para que seja comprovada a efetiva exposição aos agentes nocivos, será preciso que seja preenchido um formulário emitido pela empresa ou seu preposto, conforme estabelecido pelo INSS, baseando-se em laudo técnico de condições ambientais do trabalho e que seja expedido pelo médico do trabalho ou pelo engenheiro de segurança do trabalho, conforme a legislação trabalhista. Este laudo deve informar se a empresa possui equipamentos de proteção coletiva (EPC) ou individual (EPI) que possam diminuir a intensidade da atuação dos agentes nocivos a limites de tolerância (SANTOS, 2020, p. 364).

Segundo o entendimento do STJ e a Súmula nº 9 da TNU, o uso de EPI, ainda que elimine a insalubridade, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado, porém, o STF, na Repercussão Geral no ARE664.335, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, se o EPI consegue neutralizar a nocividade, não terá respaldo à aposentadoria especial. O que de certo modo é acertado, pois, se a ideia é de criar formas de proteger o trabalhador aos agentes nocivos, seria irrelevante para o empregador investir em tecnologia para buscar eliminar o contato com agentes nocivos e, mesmo assim, o trabalhador continuar gozando de tais benefícios.



As atividades especiais estão previstas no Anexo IV, do Decreto nº 2.172/1997, na forma do artigo 58, caput, da Lei nº 8.213/1991 e, caso houver dúvidas sobre o enquadramento da atividade, caberá ao Ministério do Trabalho e Emprego e ao Ministério da Previdência Social sanarem a controvérsia. É de suma importância que a empresa mantenha o laudo técnico como o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) e o Laudo Técnico de Condições ambientais de Trabalho (LTCAT) sempre atualizados. Caso o trabalhador seja um profissional autônomo, o mesmo quem deverá buscar formas de comprovar que trabalha exposto a agentes nocivos à saúde ou integridade física.

### **Considerações finais**

A aposentadoria especial surgiu para garantir uma vida digna ao segurado que trabalha em condições das quais, infelizmente, ainda não é possível afastá-lo, exposto a agentes nocivos à saúde ou à integridade física. Essa situação pode conduzir a que essa pessoa que durante anos enfrentou esses agentes prejudiciais a seu organismo, possa gozar de sua aposentadoria sem ter grandes problemas. Porém, a EC 103/2019 passou a exigir uma idade mínima para o segurado que deseje se aposentar de forma especial e também mudou o valor que o segurado que se aposenta de forma especial receberá como Renda Mensal.

Como foi possível observar, já teve uma época que o segurado precisaria atingir uma idade mínima para se aposentar de forma especial, porém, pouco tempo depois, fora modificado e passou a se exigir apenas o requisito de tempo de efetiva exposição aos agentes nocivos. Essa modificação foi muito importante pois não é qualquer pessoa que se aposenta dessa forma, mas, apenas aqueles que de alguma forma tiveram expostos aos agentes nocivos.

Com a promulgação da Reforma da Previdência, que exige além de idade mínima de 60 anos de idade, que o segurado tenha que trabalhar, para conseguir receber 100% do seu benefício, 40 anos para se aposentar, no caso de um segurado que trabalha em condições nocivas à saúde ou à integridade física de baixo risco, e com o entendimento do STF, no Tema 709, que o segurado que se aposentar de forma especial deverá se afastar dos agentes nocivos à saúde ou à integridade física, é possível dizer que com todas essas exigências, a aposentadoria especial ficou, de certa, forma, apenas no papel, uma vez que, se pensar em um médico ou cirurgião dentista que trabalharam a vida toda na mesma profissão, não tem como se afastarem e exercerem uma outra função. O que vai acontecer é que irão trabalhar para se aposentarem por idade ou por pontos de forma normal, sem ser especial.

Com base no princípio da razoabilidade, deve se pensar na proporção que a reforma traz. A reforma, como um todo, pode-se apresentar como necessária. Contudo, restringir, e por que não, praticamente extinguir a aposentadoria especial é o meio necessário para manter a aposentadoria aos segurados? Logo, é de se questionar se reforma da Previdência, que promoveu essa modificação no sistema da aposentadoria especial, não teria outro meio de manter a aposentadoria sem prejudicar a aposentadoria de um segurado que já teve sua saúde exposta a agentes nocivos. Não seria mais razoável?

A limitação na aposentadoria especial não fará que muitos deixem de optar em trabalhar em atividades que possam expor sua saúde a agentes nocivos, podendo haver déficit de mão de obra em tais atividades? Como estará a saúde do trabalhador se conseguir chegar a se aposentar de forma especial, conseguirá usufruí-la? Por esses motivos é de se acreditar que a Reforma da Previdência não observou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Como ainda existem muitas atividades nas quais não é possível eliminar totalmente o risco do segurado aos agentes nocivos, é de suma importância ser mantida a aposentadoria especial, mesmo já havendo inúmeras tecnologias capazes de reduzir os riscos à saúde física e mental, muitas profissões ainda estão longe de serem capazes de reduzir o segurado aos agentes químicos, físicos e biológicos. As atividades continuarão a existir, o que praticamente está extinta é a aposentadoria especial, ferindo muitos princípios constitucionais. Nesse momento ainda não é possível saber como estará a saúde do trabalhador quando chegar a sua vez de poder dizer “a minha parte eu fiz! Agora, vou curtir a aposentadoria”.

## Referências

- AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Manual de direito previdenciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm). Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.htm). Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm). Acesso em: 15 maio 2020.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de.; QUARESMA, Nágila de Jesus de O.: futuro do trabalho, trabalho decente e meio ambiente do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 207, p. 261-278, nov. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto P. de; LAZZARI, João B. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira. **Direito Previdenciário Esquemático**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

## Impactos do Código de Processo Civil de 2015 na tutela jurisdicional coletiva <sup>1</sup>

*Rafaela Gonçalves Vieira* <sup>2</sup>

*Roberto Carlos Gradin* <sup>3</sup>

### Introdução

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 vieram diversas inovações, inclusive na seara do Processo Coletivo Comum. A análise dos impactos do Código de Processo Civil de 2015 na tutela jurisdicional está ligada à interconexão entre a lei processual civil e o microsistema de tutela coletiva, composto pela Lei n. 7.347/85, que trata da Ação Civil Pública, pela Lei 8.078/90 que disciplina o Código de Defesa do Consumidor e também pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Considerando-se que a legislação existente que trata dos microsistemas de tutela coletiva torna-se muitas vezes obscura diante da aplicação dos institutos supramencionados, fica configurada a relevância em verificar a viabilidade desses institutos com a principiologia do processo coletivo, de forma que, adequadamente, seja possível valer da previsão do art. 19 da Lei n. 7.347/95, segundo a qual aplica-se à ação civil

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido no curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

<sup>2</sup> Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E mail: rafaela.vieira6455@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4073444433177566>.

<sup>3</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS. Especialista em Curso de pós-graduação Lato Sensu em Direito Civil pela Faculdade CESUSC. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo/RS. E mail: gradin@upf.br

pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil naquilo em que não contrarie suas disposições.

O propósito do artigo incide em analisar os possíveis impactos do Código de Processo Civil de 2015 em determinados institutos relacionados à tutela processual coletiva, de modo a contribuir para o seu entendimento e aplicação na seara dos direitos coletivos. Com objetivo de atingir a referida finalidade científica proposta, o artigo terá como base um estudo exploratório descritivo aliado à revisão bibliográfica. Por meio de considerações oriundas da análise da legislação brasileira e de pesquisas bibliográficas, pleiteando chegar a uma resposta para o problema.

O artigo foi dividido em três capítulos, sendo que o primeiro traz um resgate histórico acerca do Processo Coletivo e Lei da Ação Civil Pública, desde o seu surgimento, características e sua regulamentação na legislação atual e os microssistemas de tutela coletiva. No segundo capítulo, será tratado no que se refere ao instituto do *amicus curiae*<sup>4</sup> que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, consagrou seu papel no ordenamento jurídico. No terceiro capítulo, será tratado acerca da realização de audiência pública judicial no processo coletivo. Por fim, apresenta-se a conclusão da pesquisa.

Foi possível observar, na análise de todo o contexto envolvido que, a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015, o caráter estritamente liberal foi perdido comparado aos demais códigos anteriores a este; desta forma foi caracterizado o surgimento de melhores ferramentas de tutela dos interesses coletivos em sentido estrito, os interesses difusos e individuais homogêneos, conquistando, assim, maior celeridade e segurança no processo coletivo.

---

<sup>4</sup> O termo em latim “amicus curiae”, em tradução livre significa amigo da corte ou amigo do Tribunal. Como o próprio nome diz: o *amigo* tinha basicamente a função de auxiliar o tribunal no julgamento da causa. Disponível em: [www.tjdf.t.jus.br](http://www.tjdf.t.jus.br).

## **1 O processo coletivo**

No sistema processual brasileiro, as ações coletivas iniciaram-se a partir da promulgação da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), que se tornou o primeiro instrumento sistemático direcionado à tutela de determinados interesses coletivos em juízo reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, nos moldes da norma do artigo 76, a doutrina majoritária entendia que o sistema jurídico brasileiro não admitia a Ação Popular. Mais tarde, na Constituição Federal de 1946, a Ação Popular foi novamente instituída, sendo mantida nas Constituições subsequentes - Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXXXIII. A partir de então, considera-se no ordenamento jurídico a Lei de Ação Popular como a primeira a tratar da tutela de direito difuso.

A doutrina, justamente em função dessa evolução que foi surgindo gradualmente, costuma identificar estas fases de desenvolvimento em três momentos principais, conforme ensina o professor Gregório Assagra de Almeida. O primeiro momento abrange o período colonial, o Império e parte da República, no qual pôde se verificar uma absoluta prevalência da esfera individual na tutela de direitos. A segunda fase foi inaugurada com a Constituição de 1934, marcada pela proteção taxativa dos direitos massificados e contou com grandes avanços no plano dos direitos sociais como a Lei da Ação Popular (Lei 4717/65) e a Lei da Ação Civil Pública (lei 7347/85). A terceira e atual fase teve início a partir da Constituição da República de 1988, marcada pela tutela jurídica irrestrita, integral e ampla de direitos, que vem sendo construída e consolidada até os dias atuais com a finalidade precípua de conferir efetividade aos direitos fundamentais também referida como tutela jurídica coletiva holística. (2008, p.178-184).



Mas conforme referido, foi com o surgimento da Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347/85, que a tutela dos direitos coletivos passou a ser expandida e a ter sua importância reconhecida.

No Brasil, conforme ensinamentos de Fernando Sacco Neto:

Até pouco tempo as postulações judiciais no âmbito do direito privado restringiam-se aos pleitos elaborados sob a ótica individual. Esse quadro começou a mudar com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), que foi o primeiro diploma a regular, sistematicamente, a defesa dos direitos metaindividuais (2008, p. 95).

Assim, a Lei de Ação Civil Pública incorporou ao ordenamento jurídico institutos processuais coletivos dando legitimidade ativa a vários órgãos, pessoas, entidades ou associações do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública<sup>5</sup>, em virtude de ser uma ação que possui como objetivo primário a proteção dos interesses da coletividade, e como objetivo secundário a responsabilização do agente pelo dano causado a determinados bens jurídicos, em razão disso deve encontrar guarita tanto na Constituição Federal de 1988, como em normas infraconstitucionais.

A Ação Civil Pública, enfim, só veio a ser ampliada com a Constituição Federal de 1988, determinando, definitivamente, um direito fundamental ao processo coletivo. Com efeito, o art. 129, III da Constituição Federal previu a possibilidade de promover a Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Também previu ações constitucionais para tutelar direitos fundamentais coletivos materiais, tais como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e a ação popular (BRASIL, 1988).

---

<sup>5</sup> Art.5º: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação [...]. BRASIL. Lei 7.347/1985. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br);

Segundo Hermes Zaneti Jr e Leonardo de Medeiros Garcia, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, trouxe regras específicas para a tramitação dos processos coletivos, estabelecendo conceitos de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, procurando sanar as dúvidas com relação ao tema (2015, p.16). Tais mudanças alteraram consideravelmente a Lei da Ação Civil Pública, criando o que é chamado de microsistema de tutela coletiva e inovando seus institutos, que também terá suas considerações nesta pesquisa.

Conforme a doutrina, os microsistemas jurídicos, em especial os que dizem respeito à tutela coletiva, são caracterizados como ‘centros de poder’ e a integração de instrumentos de tutela coletiva a um microsistema permite receber dispositivos normativos que tratam das demais leis de tutela dos direitos coletivos materiais (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019, p. 23). Sempre com o objetivo de promover maior eficácia em proteger os direitos transindividuais, de forma que a aplicação do Código de Processo Civil terá caráter residual em relação às disposições normativas que integram o microsistema.

Acerca destas considerações doutrinárias, extrai-se uma passagem relacionada aos microsistemas do processo coletivo e suas interconexões, considerando como sendo os núcleos principais de normas reguladoras do processo coletivo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei de Ação Civil Pública (LACP), sendo aplicados reciprocamente conforme art. 90 do CDC e 121 da LACP:

Os sistemas processuais do CDC e da LACP foram interligados, estabelecendo-se, assim, um microsistema processual coletivo, sendo aplicáveis, reciprocamente, a um e ao outro, conforme os artigos 90 do CDC e 21 da LACP (este último introduzido pelo artigo 117 do CDC). Mas não somente, também todas as demais leis que tratam dos direitos coletivos materiais e estabelecem

regras processuais passam a integrar este microssistema, porque estas normas, unidas pelos princípios e lógica jurídica comum, não individualista, se interpenetram e subsidiam (ZANETI JR; GARCIA, 2015, p.17).

Logo, se verifica a construção de uma unidade nas referidas legislações que tratam da defesa do consumidor, mas também da coletividade, haja vista que a interconexão de normas acaba por contemplar diversas leis e abrindo meios para a atuação dos demais institutos processuais. Destaca-se, nesse sentido, o caráter harmônico do Sistema, cujos dispositivos legais se integram e se complementem, e na seara do processo coletivo, que não possui atualmente um código próprio, é por meio destas interconexões que se extrai a sua regulamentação e legislação.

Tendo em vista a existência do microssistema processual coletivo, o Título III do CDC deve ser aplicado no que for compatível à Lei de Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Ação Civil Pública, mandado de segurança coletivo, ou seja, trata-se de uma espécie de Código Geral a ser aplicado aos processos, nos quais se verificam conflitos de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. (MENDES, 2008, p. 74)

Por estas razões, evidencia-se que há um verdadeiro “diálogo das fontes”, haja vista que todo ordenamento jurídico processual coletivo se comunica através das normas previstas nas leis que tratam da matéria. É um sistema processual pulverizado.

Nesse mesmo sentido, acolhe-se o entendimento que segue:

Estes microssistemas evidenciam e caracterizam o policentrismo do direito contemporâneo, vários centros de poder e harmonização sistemática: a Constituição (prevalente), o Código Civil, as leis especiais. Pensar em recodificar significa imaginar uma função residual aos Códigos que não seja fechada em si mesma, uma função que contribua para a harmonização dos

microssistemas com a Constituição, bem como para a preservação dos valores jurídicos comuns na elaboração de novos microssistemas. Esta ordem de ideias pode ser facilmente transportada para o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor como atual elemento harmonizador do microssistema de tutela coletiva (DIDIER JR; ZANETI JR, 2009, p. 46).

Conforme se verifica na redação supratranscrita, a legislação brasileira enquanto Sistema busca adequar suas diversas normas à Constituição Federal. No caso do microssistema mencionado, há a articulação entre a Constituição Federal, o Código Civil e as leis especiais em uma relação hierárquica.

No Brasil, conforme o estudo de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes a história do processo coletivo, que é relativamente recente, também é marcada por três principais diplomas legais, em termos legislativos, a história recente dos processos coletivos no Brasil encontra-se indissolúvelmente marcada por três diplomas: a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347), de 1985; a Constituição da República (LGL 1988/3) de 1988; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078), de 1990 (2008, p. 231). (MENDES, 2008, p. 75)

A partir destes três diplomas, que então, foi possível caracterizar o marco de surgimento para o denominado conjunto de normas reguladoras do processo coletivo brasileiro, este, que inclusive, tem suas próprias características e variáveis, pois são decorrentes de regras jurídicas que podem ser alteradas.

E conforme a doutrina, segundo Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, se pode entender quais sejam as características norteadoras que compõem o perfil dogmático do processo coletivo no Brasil, sendo elas: a legitimação para agir, normalmente atribuída a um legitimado extraordinário *ope legis*; o regime da coisa julgada coletiva, que permite a extensão *in utilibus* para as situações jurídicas individuais; a caracterização da litigância de

interesse público, que é requisito para o prosseguimento de um processo coletivo, flexibiliza o procedimento a favor da tutela de mérito e determina a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico em todas as ações. Todas são características contingenciais do processo coletivo brasileiro – não compõem, porém, o conceito de processo coletivo (2018, p. 33-34).

Conforme a doutrina ensina, é necessário compreender o entendimento referente aos conceitos de ação e tutela jurisdicional coletivas, que possuem características que os diferenciam entre si. Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr definem a ação coletiva como “a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva exigida para a tutela de grupo de pessoas”. (MENDES, 2008, p. 79)

Atribuindo conceitos ao processo coletivo, é possível chegar mais facilmente as definições de ação e tutela jurisdicional coletiva. A tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos lato sensu de um grupo de pessoas) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade (grupo), que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos) (DIDIER JR; ZANETI JR, 2018, p. 34).

Fica evidente, portanto, que a tutela coletiva, atualmente, torna-se indispensável para que se dê efetividade ao princípio do acesso ao Poder Judiciário e à Ordem Jurídica, já que, em razão das demandas massificadas, a sociedade não pode mais ter atendidas suas necessidades unicamente por meio do sistema tradicional de solução de conflitos individuais.

No Brasil, a tutela coletiva por não possuir um histórico tão extenso como mencionado, de fato, é razoavelmente novo comparado a diversos outros institutos contemplados pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido,

Aluisio Gonçalves Castro Mendes traz à baila o ensinamento sobre o desabrochar da doutrina acerca das ações coletivas do princípio até o presente momento:

Ao longo dos últimos vinte anos, pode-se dizer que houve não apenas o florescimento de um conjunto de normas pertinentes, mas também o desabrochar de substancial doutrina relacionada com as ações coletivas e a ocupação de um espaço crescente por parte da preocupação de docentes e discentes no meio acadêmico, consubstanciando o surgimento de uma nova disciplina: o Direito Processual Coletivo (2008, p. 231).

Ocorre que, apesar da dedicação ao tema, é perceptível que o tratamento legislativo da tutela coletiva no Brasil sempre foi realizado, demasiadamente, de modo extravagante, pelo fato de que são diversas as leis que tratam do tema. Em razão disso, muitas vezes o aplicador do direito encontra-se diante de uma espécie de lacuna onde há insegurança no sentido de traçar um caminho correto a ser seguido devido à complexidade que o sistema contempla, o qual Luiz Manoel Gomes Junior, enumerou as normas que disciplinam o direito coletivo, e defendeu a existência de um único sistema para a tutela dos direitos coletivos, dentre elas, a Lei da Ação Popular (LGL1965/10) (Lei 4.717/1965), Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), Código do Consumidor (Lei 8.078/1990) e demais, que formam um único sistema interligado de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (2009, p. 174).

Pelo exposto, é perceptível a existência de muitos diplomas legislativos que tratam de direitos coletivos, mas não se tem um sistema completo e bem elaborado como há no processo civil individual. Por isso, surge a necessidade de se pensar e estudar um verdadeiro sistema processual coletivo, enquanto não é elaborado um verdadeiro Código de Processo Coletivo. (GOMES JÚNIOR, 2009, p. 33)

Pelo fato de que ainda não há uma regulamentação própria materializada em norma jurídica, a doutrina com apoio na jurisprudência reconhece que as diversas leis existentes se comunicam entre si formando um verdadeiro sistema policentrado de tutela coletiva e suas normas mais importantes que formam o arcabouço básico do microsistema. Estas normas formam o que pode ser denominado como o regramento geral da tutela coletiva por intermédio das normas de reenvio existentes em ambas as leis. (MENDES, 2008, p. 83)

Contudo, apesar das necessárias mudanças que deveriam ocorrer, é importante destacar que o processo coletivo, com surgimento no decurso da segunda onda renovatória de acesso à Justiça, veio com o intuito de tutelar de forma efetiva e adequada os direitos difusos e coletivos em sentido estrito os essencialmente coletivos e os individuais homogêneos acidentalmente coletivos.

Além disso, acabou por promover uma necessária releitura do princípio do Devido Processo Legal, que passa a assumir um aspecto coletivo de onde derivam todos os demais princípios do processo coletivo. (GOMES JÚNIOR, 2009, p. 35)

Com o Código de Processo Civil de 2015, o legislador deu características diversas às regras que regem o processo individual, afastando-as do caráter restritamente individualista e liberal que informava os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973.

Como bem traduz a afirmativa, pelo disposto no art. 8º do CPC/15, o mesmo mostra que o magistrado deve, sob qualquer hipótese, ao aplicar o ordenamento jurídico, submeter-se a atender aos fins sociais e exigências voltadas ao bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (BRASIL, 2015), mostrando-se dessa forma a exigibilidade em atender aos interesses da coletividade num todo

afastando, por conseguinte, o caráter individualista que anteriormente existia.

E com o efeito da norma, foi a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015 que, definitivamente, surgiram melhores instrumentos para o aperfeiçoamento da tutela coletiva e consequentemente, a contribuição para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais da sociedade. (ZANETI JR; GARCIA, 2015, p. 31).

Com a releitura do CPC/15, também a possibilidade de participação ficou consagrada como elemento essencial na tutela coletiva, pois legitima a tarefa jurisdicional e, em razão disso, deve ser efetiva. Nesse contexto, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, assinalam que:

A legitimação pela participação decorre da efetividade da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as condições necessárias a tanto, implica negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a ideia de participação. Isso quer dizer que o processo requer a legitimidade do exercício da jurisdição e a efetividade da participação das partes, envolvendo, de uma só vez, exigências que fazem com que os participantes da relação processual civil se dispam das suas máscaras de elementos e, principalmente, que as partes compreendam que a efetividade da participação é necessária para legitimar a tarefa jurisdicional (2017, p.434).

Em razão disso, visto que embora seja importante, tão somente o ato de participação dos sujeitos torna-se insuficiente para garantir a legitimidade da jurisdição, pois deve, além de ter o direito de participar do processo, que exista o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material e ainda, é necessária a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais. (GOMES JÚNIOR, 2009, p. 42)



E ainda tratando das questões trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, cabe salientar que, apesar de não trazer uma legislação dedicada ao tema, o código atual é considerado o primeiro que nasce pressupondo a tutela coletiva, rompendo dogmas que insistentemente abordam a questão segundo a qual a legislação individual é inadequada ao sistema coletivo.

Conforme os doutrinadores Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, embora o CPC/15 não se dedique ao processo coletivo, não se pode ignorar uma circunstância histórica que o torna bem diferente dos anteriores códigos brasileiros de processo, este é o primeiro código que nasce pressupondo a tutela coletiva, incorporando uma boa parte de técnicas processuais antes previstas apenas para o âmbito coletivo e trazendo inúmeras inovações que podem aperfeiçoar bastante a tutela de direitos coletivos, passando a ser visto como importante instrumento normativo que, em muitos aspectos, sobretudo em relação às normas fundamentais, coordena-se com o microsistema da tutela jurisdicional coletiva em um diálogo de fontes (2016, p.18).

Ainda, de acordo com Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, a partir do CPC de 2015 a doutrina brasileira precisará auxiliar na reconstrução do processo coletivo, e não a despeito dele, invertendo a lógica do entendimento que se tinha até então (2016, p.18).

Em síntese, o processo coletivo surge como a técnica que o ordenamento jurídico coloca à disposição de toda a sociedade para que seja possível obter tutela dos direitos materiais passíveis de serem violados no contexto dos litígios coletivos, se desenvolvendo por intermédio da atividade de um representante, que figura como parte, mas litiga em nome dos verdadeiros titulares do direito.

A partir do exposto, contextualizando os pontos relevantes do assunto ora analisado, passa-se, nos capítulos seguintes, a análise

propriamente dita da compatibilidade, com o processo coletivo comum, da intervenção de *amicus curiae* e da realização de audiência pública judicial.

## **2 Intervenção do *Amicus Curiae* no Processo Coletivo**

Uma inovação importante trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 foi de normatizar, de forma definitiva, a possibilidade da intervenção do *amicus curiae* nos mais diversos processos subjetivos, dentre eles o processo coletivo comum, o qual analisa diversas matérias e controvérsias de grande repercussão social.

A figura do *amicus curiae* tem origem do direito romano, desenvolvendo-se no Direito Norte Americano, no intuito de que um terceiro indivíduo contribua com o Juízo na formação do seu convencimento. Ou seja, o *amicus curiae* atua no sentido de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, considerando seus conhecimentos da matéria tratada, com a intenção de contribuir com o auxílio, através de suas habilidades e os meios que possui, para que o interesse que sustenta seja tutelado e então, proferida a melhor decisão possível ao caso concreto. (ZANETI JR; GARCIA, 2015, p. 47).

Nesse sentido, o caput do art. 138 do Código de Processo Civil de 2015 é claro em trazer normatizada a regulamentação do *amicus curiae*, estabelecendo a possibilidade e o momento para que seja chamado à lide, que seria quando, “o juiz ou relator considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema, poderá solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação” (BRASIL, 2015). Portanto, a incidência deste terceiro é caracterizada pelo ingresso de um sujeito que originalmente não fazia parte da relação processual, na lide, para então auxiliar o Juízo na tarefa hermenêutica, podendo aportar outros elementos técnicos que não

possam ser fornecidos por meios probatórios, visando sempre o aprimoramento da tutela jurisdicional. (ZANETI JR; GARCIA, 2015, p. 48).

A figura do *amicus curiae*, por vezes, é confundida apenas como a de um terceiro integrante, porém esse não é o verdadeiro fundamento, é na verdade, um instituto de natureza mais complexa e também abrangente do que aquela que norteia as participações do processo civil tradicional, conforme explica a professora e doutora Mônia Clarissa Hennig Leal:

No que diz respeito à natureza dessa participação, por sua vez, as posições divergem, entendendo alguns autores tratar-se de assistência, enquanto outros, ainda, de intervenção de terceiros e de terceiros em condições especiais, tomando-se, sempre, como critério definidor a existência ou não de interesse jurídico na causa. Contudo, é preciso frisar-se que uma definição precisa do que seja interesse jurídico não é encontrada sequer nas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, justamente porque se trata de uma conceituação variável, de difícil caracterização, o que apenas reforça as dificuldades operacionais até aqui apresentadas. De qualquer forma, trata-se de um instituto de natureza mais complexa e abrangente do que aquela que norteia as participações do processo civil tradicional (2008, p.45).

E em meio a estas conceituações variáveis, a partir de sua disposição no CPC de 2015, o instituto do *amicus curiae* concretiza seu papel no ordenamento jurídico; porém, em determinadas circunstâncias, permanece aparecendo em cenário subjetivo. É necessário sempre reconhecer se existe ou não interesse jurídico ao caso, esse é o principal critério definidor da participação do terceiro, porém definições precisas, tornam-se difíceis de serem formuladas, pela complexidade de abrangência que o instituto acaba contemplando.

Para entender acerca do cabimento deste instituto no processo é necessário entender que o *amicus curiae* não assume a condição de parte, e sua intervenção não se fundamenta no interesse jurídico na vitória de

uma das partes, diferenciando-se, sob esse aspecto inclusive da assistência. Por isso, ele não assume poderes processuais sequer para auxiliar qualquer das partes. Ainda que os seus poderes sejam definidos em cada caso concreto pelo juiz (art. 138, § 2º, do CPC/2015), na essência serão limitados à prestação de subsídios para a decisão (TALAMINI, 2016, p. 40).

Dessa forma a participação do *amicus curiae*, vem com enfoque no fornecimento de subsídios ao julgador, ao passo que contribui para o incremento de qualidade das decisões judiciais. E em consequência disso, amplia-se a possibilidade de obtenção de decisões mais justas e, portanto, mais adequadas com a garantia da plenitude da tutela jurisdicional conforme o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, sobretudo nos processos de cunho essencialmente objetivo (ações diretas de controle de constitucionalidade; mecanismos de resolução de questões repetitivas etc.), a admissão do *amicus* é um dos modos de ampliação e qualificação do contraditório art. 5º, LV, da CF/88.

Acresça-se, ainda, que o ingresso do *amicus curiae* no processo pode derivar de pedido de uma das partes ou do próprio terceiro, ou ainda ser postulado por meio de ofício pelo juiz, configurando-se como uma intervenção que tanto pode ser espontânea, quanto provocada. (TALAMINI, 2016). Sua atuação pode ser espontânea ou provocada pelo juízo, não há limitação legal à fase processual em que pode ser admitido, desde que possa contribuir fática ou juridicamente à instrução do feito.

A partir disso, cabe verificar essencialmente a potencialidade do terceiro chamado a compor a lide como *amicus curiae*, devendo acorrer uma verificação dos reais atributos que trariam os meios de auxílio para compor a decisão, os requisitos e elementos que devem estar caracterizados para admitir o cabimento deste terceiro no processo, a capacidade de aportar elementos úteis para a solução do processo ou incidente. Essa demonstração faz-se pela verificação do histórico e

atributos do terceiro, de seus procuradores, agentes, prepostos etc. (TALAMINI, 2016).

O que pode ser visto de modo geral, é que a lei aludiu uma determinada “representatividade adequada” para o *amicus curiae*. O fato é que na prática, não se trata propriamente de uma aptidão do terceiro em representar ou defender os interesses de jurisdicionados. O real sentido da expressão refere-se à capacitação avaliada a partir da qualidade, técnica ou cultural do terceiro, e de todos aqueles que atuam com ele e por ele, e do conteúdo de sua colaboração podendo ser, petições, pareceres, estudos e tantas outras. (ZANETI JR; GARCIA, 2015, p. 44).

Neste mesmo sentido, conforme considerações da professora Mônia Clarissa Henning Leal, cumpre destacar a explicação sobre o real contexto em que se insere o adjetivo do ‘terceiro’ na condição de *amicus curiae*, nas questões processuais, ao passo que a incidência da participação deste, não se confunde com a intervenção de terceiros, tradicional do ordenamento jurídico:

Quando a expressão ‘terceiro’ é empregada para designar a figura do *amicus curiae*, não se está, em verdade, identificando esta participação com o instituto da intervenção de terceiros tradicional, mas apenas referindo-se à participação de outros órgãos ou entidades que não as partes propriamente ditas no processo, que visam a contribuir, dessa forma, com o debate constitucional (2008, p.45).

Isto acontece, porque a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae* no processo, de modo geral, acaba por permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva altamente pluralista, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

Desta forma, a definição dada ao *amicus curiae*, sobretudo, pode ser descrita como a de um verdadeiro colaborador, que contribui com o Judiciário, devendo ser qualificado para fornecer subsídios úteis à solução da causa, porém, tampouco importa que sobrevenha interesse jurídico ou extrajurídico à causa nem mesmo seu possível interesse no resultado do julgamento configura-se óbice para a sua intervenção, mas sim a contribuição efetiva (TALAMINI, 2016).

Ocorre que este sujeito contribuinte ao processo, deve fornecer essencialmente subsídios ao órgão jurisdicional para o julgamento da causa, sujeito este, que possui característica de parcialidade e tem como objetivo principal ver um interesse tutelado, de forma célere e com a melhor decisão possível que se possa alcançar.

Conforme o contexto evolutivo, dentro do microsistema processual coletivo, a intervenção de *amicus curiae* nas ações coletivas já era prevista de forma expressa há certo tempo, podendo ser localizado nos artigos 31 da Lei 6.385/1976<sup>6</sup>, e artigo 118 da Lei 12.529/2011<sup>7</sup>, respectivamente, o que concorria para o entendimento de parte da doutrina de que essa possibilidade deveria ser estendida para as demais ações coletivas, partindo deste entendimento o *amicus curiae* foi ganhando amplitude e incidindo de forma plena nos processos que abrangem a coletividade. (MENDES, 2008, p. 93)

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. já defendiam há muito tempo a viabilidade da intervenção do *amicus curiae* nos diversos processos coletivos, com argumento de que a respectiva participação se daria na qualidade de “intervenção atípica”, ou seja, aquelas que estão previstas de maneira esparsa na legislação (2016, p. 223).

---

<sup>6</sup> Lei 6.385/1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários;

<sup>7</sup> Lei 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência;

A admissão do *amicus curiae*, acabava em um impasse por ser questionada nas demandas de natureza coletiva, pelo argumento de que poderia representar um problema na busca de celeridade processual, porém não é o que realmente ocorre se a sua atuação se mostrar efetivamente disciplinada e objetiva.

Assim também não haverá risco de haver confronto diretamente entre a admissão do terceiro e a tendência da limitação de intervenção de terceiros no processo, em benefício a celeridade processual e da efetiva prestação jurisdicional, se a forma com que o colaborador do magistrado atuar no processo mostrar-se definida, sistematizada, e conseqüentemente limitada. (MENDES, 2008, p. 94)

Outra observação que cumpre destacar, é que antes da promulgação do CPC/15 a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup> trabalhava no sentido de que a intervenção do *amicus curiae* se limitava estritamente às hipóteses expressas descritas em lei, e dessa forma não incidiria na maioria das ações coletivas.

Porém, na atualidade é predominante o entendimento que o interesse público torna-se inseparável de determinadas demandas, mostrando-se necessária a participação da sociedade em julgamento, em razão de seu conteúdo decisório claramente ir além do limite subjetivo inicialmente existente. Colaborar com o magistrado contribuindo com informações e representando os interesses da sociedade, de forma a proporcionar um julgamento que mais se aproxime dos ideais de justiça no âmbito das ações coletivas é o objetivo maior do *amicus curiae* no processo. (MENDES, 2008, p. 96)

O instituto traz enorme contribuição para o processo em geral e para o processo coletivo em especial, pois tem o potencial de ampliar o

---

<sup>8</sup> Informativo 488/STJ: 2ª Seção, REsp 1.023.053-RS, rel. Min. Maria Isabel Galotti, j. 23.11.2011.

contraditório e democratizar a colaboração da sociedade nas decisões judiciais nas quais cabe essa participação agregando, assim, maior efetividade e legitimação a essas deliberações, o que se mostra essencial, atualmente, em razão do atual sistema de precedentes judiciais que se encontra em vigência. Nesta esteira, Cassio Scarpinella Bueno, em sua obra sobre o tema, compartilha do entendimento, e ainda vai além, expondo a relação que existe entre o *amicus curiae* e a tutela jurisdicional coletiva, enquanto analisa a evolução histórica do instituto:

Não há dúvidas de que existe um ponto de contato entre o "interesse" que justifica (e legitima) a intervenção do *amicus curiae* e aquele que justifica (e legitima) a propositura de ações chamadas de coletivas por determinadas entidades previamente apontadas pela Constituição ou pelo legislador. Tanto assim que, em uma das pioneiras obras de nossa literatura a respeito do tema, a figura do *amicus curiae* do direito anglo-saxão é relatada como uma das específicas formas de tutela dos interesses difusos em juízo, vale dizer, uma das variadas formas com as quais, desde o direito romano, os ordenamentos jurídicos se ocuparam para responder à seguinte questão: "Quem está legitimado a defender um direito não personificado?". Este ponto de contato, no entanto, longe de eliminar um dos institutos, é razão mais que suficiente para a necessidade do estabelecimento de razões que leve à sua convivência, em prol de maior segurança jurídica e, mais do que isso, de maior eficácia dos próprios direitos materiais, razão última de ser do processo (2008, p. 477).

É notável, portanto, que o processo de interesse público manifestado nas demandas coletivas, faz com que o *amicus curiae* seja considerado uma peça de importância ímpar no decurso de tais processos, tendo em vista que, há muito tempo, o papel deste instituto serviu para justamente colaborar com o magistrado nas lides em que se faz presente um interesse que ultrapassa o representado pelas partes, cujos reflexos do julgamento afetam, de uma maneira ou de outra a sociedade. (GOMES JÚNIOR, 2009, p. 71)



Em razão disso, entende-se ser perfeitamente possível que esta figura passe a compor os mecanismos jurisdicionais presentes nos diplomas legais que disciplinam a tutela coletiva, já presentes no direito brasileiro, bem com os que ainda estão por vir.

A intervenção deste instituto torna-se plena no processo coletivo, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr registram também, que na doutrina há a defesa de que a intervenção por *amicus curiae* poderá ser utilizada para permitir a intervenção individual dos membros do grupo no processo coletivo. Assim, os membros do grupo e as associações, entre outros interessados, poderão indicar defeitos na atuação do coletivado que ajuizou a ação ou colaborar com sua atuação, fornecendo dados, informações e esclarecimentos sobre o objeto do processo (2016, p.224).

Segundo a doutrina, a participação individual dos membros do grupo e das associações na qualidade de *amicus curiae* iria trazer muitos benefícios ao processo coletivo, assim como a superação de obstáculos dogmáticos referentes à permissão de indivíduos como auxiliares das partes, a realização de um considerável controle social de legitimidade e da formalização do autor da ação coletiva e, ainda, a ampliar a esfera do contraditório, entendido como direito de influência e dever de debates. (MENDES, 2008, p. 101)

Diante do contexto, a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 serviu para sanar a controvérsia sobre a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* no processo coletivo comum e, conseqüentemente, acabou por aprimorar a tutela jurisdicional coletiva, assegurando e concretizando o princípio do acesso à ordem jurídica justa.

Resta, porém, salientar que a questão da sistematização do *amicus curiae* dentro do ordenamento jurídico, no que trata do processo coletivo comum, mostra-se um tanto insuficiente por estar, de certa forma, atrelada à sistemática de diplomas legais muito específicos e omissos, que

acabam atribuindo tal tarefa à jurisprudência, que nem sempre consegue suprir as lacunas que existem diante do extenso campo de atuação deste instituto.

### **3 Realização de audiência**

Este instituto revestido de importância ímpar para a concretização do princípio processual coletivo da Participação, de grande validade no âmbito extrajudicial, sobretudo por órgãos da justiça como o Ministério Público, é a audiência pública, qualificada como o instrumento de participação dos cidadãos interessados na tomada de decisões de interesse coletivo por agentes públicos, instituto este que é vertente do Estado Democrático de Direito.

Além da participação dos cidadãos na escolha do legislativo, que é o órgão responsável por elaborar leis, a população pode e deve atuar na interpretação dessas mesmas leis, assim como a interpretação da Constituição Federal deve ser exercida por todos, e não ser restrita a um seleto grupo de intérpretes (magistrados, tribunais, ministros). (GOMES JÚNIOR, 2009, p. 73)

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. assim se manifestam acerca da legitimidade da tutela coletiva e incidência realização de audiências públicas:

Não obstante, concepções mais atuais sobre a legitimidade na tutela coletiva defendem que, ao longo do processo coletivo, se deva, na medida do possível, promover a participação do grupo, por meio de audiências públicas e prestação de contas. Essa participação dá mais legitimidade à decisão e amplia a possibilidade de acerto e efetividade prática daquilo que for decidido, especialmente em relação às políticas públicas, mas não se pode esquecer que, em grande medida, a tutela dos direitos fundamentais é contramajoritária e a participação não é pressuposto para sua tutela (2018, p.37).

Conforme os doutrinadores bem explicam, mostra-se de suma importância que exista a participação dos sujeitos para que ocorra a legitimidade da tutela coletiva, e por meio das audiências públicas são abertos espaços para que ocorra essa participação, ampliando assim as possibilidades de acertos, por mais que muitas vezes a participação não seja pressuposto estritamente necessário para que se legitime a tutela.

Desta forma, um fator necessário a ser observado é no sentido que, considerando que o processo de decisão política demanda a participação de todos os cidadãos atingidos por uma nova política pública, não se pode reputar como legítima uma decisão judicial que não tenha considerado os argumentos de todos os afetados pela medida (APPIO, 2005). Então deve ser observado num processo coletivo fundado na representação legal, que o juiz da causa não pode atender a um pedido do autor que venha a afetar os interesses de terceiros que não se encontram efetivamente representados nos autos, deve haver o cuidado para que eventuais pedidos não recaiam em prejuízo aos demais interesses de terceiros, devem ser observados os limites para que o direito de todos os integrantes não seja suprimido.

Neste mesmo viés, no que se refere à amplitude de debates democráticos, compartilha-se o entendimento que o processo coletivo é capaz de dar voz aos seus indivíduos, caracterizando-se, portanto, como um espaço de diálogo na busca por respostas e, por estas razões, a importância da audiência no contexto de viabilizar um formato democrático de resolução das demandas da coletividade e a busca por melhores respostas e subsídios para uma prestação jurisdicional célere e justa:

Sustento, portanto, que as ações coletivas podem consistir em um importante espaço de ampliação do debate democrático, desde que o autor coletivo vá buscar na própria sociedade as respostas para os problemas sociais e

econômicos do país. Concluo lembrando da importância de que audiências públicas sejam promovidas pelo autor coletivo como uma instância prévia ao debate judicial, de forma a definir com maior grau de proximidade uma orientação compatível com os interesses da comunidade de atingidos pela medida (APPIO, 2005).

Fica entendido, portanto, que a audiência pública seria um procedimento realizado dentro do processo coletivo apto a conseguir realizar a união de várias fontes de prova, em um mesmo momento, para que as mesmas produzam meios, através de depoimentos, testemunhos, pareceres e relatos técnicos com o intuito de levar maior substrato intelectual ao magistrado.

Sobre o instituto da audiência pública, exposto por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., fica claro o entendimento de que a audiência pública deve ter na sua essência a intenção de possibilitar o acesso das pessoas ao processo de decisão do magistrado, sem demasiada burocracia, contribuindo, de forma positiva, com esse processo, a audiência pública é tal como a audiência de instrução e julgamento, uma sessão pública – transcorre de portas abertas, acessível a qualquer pessoa – que tem por escopo permitir que pessoas com experiência e conhecimento em determinada matéria, ou que de algum modo sejam capazes de contribuir com o assunto discutido, possam externar suas opiniões e pontos de vista, ampliando a participação democrática num determinado processo decisório (2016, p. 343).

Neste viés, fica evidente que a audiência pública no processo coletivo deve ser vislumbrada como um procedimento que permite aos seus atores sociais detentores de conhecimento e representatividade, um momento para que se manifestem no sentido de aperfeiçoar o debate aberto, e sempre abrindo espaço para a configuração de diversas hipóteses que possibilitem a solução de conflitos, não somente as propostas trazidas por

autor e réu, e, inclusive, devendo existir o cuidado de respeitar os diversos princípios legais.

Cabe destacar, inclusive, que o Código de Processo Civil de 2015, em suas inovações, previu a possibilidade de realização de audiência pública judicial no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas do art. 983, § 1<sup>o</sup>, para ouvir pessoas com experiência ou conhecimento na matéria, bem como partes ou interessados, titulares dos direitos em exame, aos quais é deferida uma oportunidade para se manifestar por escrito no prazo comum de quinze dias, para juntada de documentos. (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019, p. 53).

Também delimitou a respeito do julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo, conforme o artigo 1.038, II do CPC/15<sup>10</sup>. Assim como, ao tratar acerca do procedimento de alteração pelo tribunal, de teses jurídicas adotadas em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos artigo 927, § 2<sup>o</sup>, poderá ser precedida simultaneamente uma audiência pública com a participação das pessoas<sup>11</sup>.

Partindo destas possibilidades e da análise das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, compartilha-se o entendimento de que, ao passo que o CPC tenha previsto a realização de audiência pública judicial apenas nas referidas situações, este motivo não impede que se leve em consideração a ocorrência em demais hipóteses diversas das previstas, especialmente na seara do processo coletivo, pois aqui se discutem diversas matérias relevantes e controversias de grande repercussão social,

---

<sup>9</sup> Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. [...] (BRASIL, 2015);

<sup>10</sup> Art. 1.038. O relator poderá: II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento. (BRASIL, 2015).

<sup>11</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. (BRASIL, 2015).

tornando, pois, de grande valia e recomendável o auxílio da sociedade, com o intuito de ser possível a produção de decisões de maior celeridade e qualidade, tornando-se, assim, mais justas e efetivas. (ZANETI JR; GARCIA, 2015, p. 69).

Ainda a respeito da importância da realização de audiências públicas, conclui Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr que o objetivo da audiência pública é de fato, dar mais legitimidade e qualidade ao ato final do procedimento, seja ele um ato legislativo, uma decisão administrativa ou uma decisão judicial. Trata-se de valioso instrumento de participação democrática no processo decisório, permitindo a ampliação do leque dos sujeitos envolvidos tornando o debate de determinada matéria mais permeável à pluralidade de ideias. Também serve para a coleta de informações que irão subsidiar a decisão ou futuras investigações a respeito dos fatos alegados (2016, p. 344).

O que se vislumbra é, que amparada com alicerces no direito fundamental ao contraditório, ampla defesa e no estado democrático de direito, a audiência pública é instrumento necessário de grande relevância no processo coletivo e que deve ser incentivada, na intenção de garantir maior legitimidade às decisões judiciais proferidas nesses processos.

Em vista de todo o exposto ocorre que, ante a inexistência de lei federal que trata do regulamento para a realização da audiência pública judicial, a responsabilidade passa para a lei estadual ou o regime interno do tribunal para que possam disciplinar acerca do tema, e também da disposição do instituto pelo Supremo Tribunal Federal no seu regimento interno ou pelo CNMP na Resolução n. 82/2012<sup>12</sup>, que discorre com detalhes o assunto. (ZANETI JR; GARCIA, 2015, p. 70).

---

<sup>12</sup> Resolução n°82 de 29 de fevereiro de 2012. Dispõe sobre as audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados.

Diante da argumentação e pesquisa realizada, haja vista sua importância, se torna muito claro o entendimento de que é perfeitamente cabível a realização de audiência pública judicial no processo coletivo quando caracterizada sua necessidade e conveniência à instrução processual, pois caracteriza um meio de acesso à justiça por parte das pessoas interessadas em contribuir. Em razão disso, as normas vão ganhando moldes de acordo com as orientações da sociedade e seus limites, decorrentes de uma atuação do intérprete da lei, e é de extrema necessidade que a sociedade participe dessa interpretação.

### **Considerações finais**

Ante o exposto, é evidente que mesmo ainda existindo certa resistência na doutrina frente à aplicação de forma subsidiária da legislação processual individual em relação ao processo coletivo, levando em conta todas as inovações que foram realizadas pelo CPC/15, o legislador inovou, conseguindo o feito de modificar a essência estritamente individualista que integrava os códigos de processo civil brasileiro anteriores e, com isso, rompe paradigmas, e mostra que essa ruptura não só é possível, como recomendável que se faça, a fim de viabilizar, cada vez mais, o aperfeiçoamento das ferramentas da jurisdição coletiva.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe para o ordenamento jurídico diversas inovações que contribuíram de muitas formas tanto com a tutela coletiva, quanto com os interesses difusos e individuais, possibilitando, com isso, a resolução de diversas questões com maior efetividade e facilitando o acesso ao Judiciário.

Definitivamente, o CPC/15 acabou com a controvérsia existente da viabilidade ou não do *amicus curiae* no processo coletivo, agregando, portanto, mais uma ferramenta que auxilia grandiosamente na resolução

de controvérsias e também em possíveis lacunas na composição do processo coletivo.

Por último, mostrou-se perfeitamente possível no processo coletivo a realização da audiência coletiva, quando conveniente, como um instrumento de participação das pessoas em questões de interesse público; porém, ainda assim faltam balizas seguras que regulamentem, de forma objetiva, este instrumento no ordenamento jurídico, pois as audiências coletivas estão sendo realizadas sem os critérios necessários que deveriam assegurar suas delimitações.

Foi possível concluir também que, embora o processo coletivo esteja disponível, é comum que litígios coletivos sejam tratados por diversos processos individuais que, apesar de uma forma lícita de composição, essa alternativa prejudica a qualidade e onerosidade da prestação jurisdicional, acarretando inclusive julgamentos contraditórios, em prejuízo ao princípio da isonomia, e ocasionando um impeditivo para que o problema seja solucionado em sua totalidade a partir das considerações completas de seus elementos.

Desta forma, tanto a falta de previsão expressa em lei, como as divergências que surgem, acabam se tornando verdadeiros obstáculos aos titulares de direito individual, coletivo e difuso, e estes titulares não podem ser obrigados a dispor dos seus direitos. O processo coletivo deve dar voz aos seus titulares para que, democraticamente, se manifestem e conquistem influência nas decisões que lhes são de interesse.

## **Referências**

APPIO, Eduardo. *Amicus curiae e audiência pública no processo civil brasileiro*: propostas para o fortalecimento da cidadania através das ações coletivas no Brasil. Disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revista.doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/eduardo\\_appio.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revista.doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/eduardo_appio.htm)>. Acesso: 10/03/2021



ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. **Lei 7.347/1985**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso: 02.03.2021.

BRASIL. **Lei 13.105/2015**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso: 02.03.2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 12.03.2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. **Pelas Asas de Hermes**: A Intervenção do Amicus Curiae, um Terceiro Especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O amicus e o Vertreter des öffentlichen Interesses. Revista de Processo, São Paulo: Editora RT, n.º. 117, 2004.

DIDIER JR., Fredie. ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed, Salvador: JusPODIVM, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 8. ed., rev., atual. E ampla, Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**: Processo coletivo. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**: Processo coletivo. 12 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

GOMES JÚNIOR. Luiz Manoel. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações. **Revista de Processo**. v. 176, out. 2009.

GONTIJO, André Pires. O papel do Amicus Curiae no processo constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. Ano 16. n. 64. Julho – setembro, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional como pressuposto de intervenção do *Amicus Curiae* no Direito Brasileiro. **Revista Direito Público**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1427>>. Acesso em: 02/03/2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Do Individual ao Coletivo: os caminhos do direito processual brasileiro. **Revista de Processo**. v. 165. p. 231- 354, nov., 2008,

NETO, Fernando Sacco. Reflexões sobre o art. 94 do CDC. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. [Coord.]. **Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo 488**: 2ª Seção, REsp 1.023.053-RS, rel. Min. Maria Isabel Galotti, j. 23.11.2011. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informjurisdata/issue/view/1288/showToc>>. Acesso em: 15/03/2021.

TALAMINI, Eduardo. Site Migalhas. **Amicus Curiae no CPC/15**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/234923/amicus-curiae-no-cpc-15>>. Acesso em: 02/02/2021.

ZANETI JR, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

\_\_\_\_\_. **Direitos Difusos e Coletivos**. 6°. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

## A repercussão geral da matéria federal como requisito de admissibilidade do recurso especial

Thais Delavy da Silva <sup>1</sup>  
Maria Carolina Rosa de Souza <sup>2</sup>

### 1 Introdução

O presente trabalho possui o propósito de analisar a necessidade de implementação do requisito da repercussão geral da matéria federal para a admissão do recurso especial, conformando-o aos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário. Em suma, será realizado um estudo acerca da evolução histórica do Supremo Tribunal Federal e a criação do Superior Tribunal de Justiça a partir da Constituição Federal de 1988, da finalidade desses Tribunais de Corte do poder judiciário brasileiro e da implementação da repercussão geral como requisito de admissibilidade para os recursos extraordinários *lato sensu*.

Inicialmente, demonstra-se a evolução histórica dos Tribunais Superiores, apontando a definição e as funções do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do poder judiciário brasileiro, guardião da Constituição, responsável pela correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e a quem compete julgar o recurso extraordinário; bem como do Superior Tribunal de Justiça, criado no intuito de desafogar o Supremo Tribunal Federal, a quem foi designado o julgamento dos

---

<sup>1</sup> Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: 161230@upf.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0042728863257046>

<sup>2</sup> Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: mariacsouza@upf.br. Lattes: [https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG\\_MENU.menu?f\\_cod=60680B9F6A786EB24DDD398D156ADC1C](https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=60680B9F6A786EB24DDD398D156ADC1C)

recursos especiais objetivando a uniformização da interpretação e aplicação das normas federais.

Posteriormente, serão enfocados os recursos extraordinário e especial, definindo-os e destacando as suas respectivas finalidades de impugnar decisões que versem sobre matéria constitucional e federal, delineando suas características e seus requisitos específicos de admissibilidade, destacando-se o pressuposto de admissibilidade da repercussão geral da matéria, aplicado estritamente ao recurso extraordinário.

Na medida em que o recurso especial não possui o requisito da repercussão geral da matéria para sua admissibilidade e somando-se ao excessivo número de demandas enviadas ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento, originou-se o Projeto de Emenda Constitucional nº 209/2012 com o objetivo de equiparar o requisito de admissibilidade da repercussão geral a ambos os recursos excepcionais.

A necessidade de criação do referido pressuposto de admissibilidade ao recurso especial é o objeto de estudo deste artigo, que será amparado nas divergentes opiniões doutrinárias e dos operadores do direito acerca da proposta de emenda à Constituição Federal, demonstrando-se as consequências da sua implementação.

## **2 A função exercida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça**

O Supremo Tribunal Federal (STF) passou por diversas transformações no decorrer da história. Corte suprema do ordenamento jurídico brasileiro, originou-se no período denominado Brasil Colônia, no Rio de Janeiro - à época Distrito Federal do país - inicialmente denominado “Casa da Suplicação do Brasil”, que tinha o propósito de que todos os pleitos em última instância se findassem ali e a qual seguia os mesmos moldes da Casa da Suplicação de Lisboa, que anteriormente à

implementação da casa da Suplicação do Brasil era o destino de julgamento em última instância dos pleitos brasileiros.

Com a independência do país em 1822, foi criada a primeira Constituição Federal, momento em que a Casa da Suplicação do Brasil toma outro nome: Supremo Tribunal de Justiça, composto por 17 juizes. Este órgão, por sua vez, após a criação da primeira Constituição Republicana, passou a ser chamado de Supremo Tribunal Federal, composto por 11 ministros, assim mantido até os dias atuais. O fato histórico é registrado por Celso de Mello:

Os órgãos de cúpula da Justiça no Brasil, em ordem sucessiva, considerada a sua precedência histórica, foram (1) a Casa da Suplicação do Brasil (instituída Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República) pelo Príncipe Regente D. João, mediante Alvará Régio de 10/5/1808), (2) o Supremo Tribunal de Justiça (Império) e (3) o Supremo Tribunal Federal (República). Esses órgãos de cúpula, ao longo de nosso processo histórico, desde a fase colonial (Casa da Suplicação do Brasil), passando pelo regime monárquico (Supremo Tribunal de Justiça) e chegando à República (Supremo Tribunal Federal), abrangem um período de mais de 200 anos, que se iniciou em 10/5/1808. (2014, p. 10)

Após sua evolução histórica, a Corte Suprema teve sua sede designada para Brasília, ao passo que esta foi denominada como a capital do Brasil. Por fim, em setembro de 1988 foi então aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte a Constituição da República Federativa do Brasil, lei federal e suprema, promulgada em 05 de outubro de 1988. A partir daí, o Supremo Tribunal Federal é considerado o guardião da Constituição Federal, conforme estabelecido no ‘caput’ do artigo 102<sup>3</sup> do texto constitucional.

---

<sup>3</sup> Artigo 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...].

No Brasil, o Poder Judiciário é o responsável pela interpretação e aplicação das leis, sendo estruturado pela justiça comum estadual e federal; e pelas justiças especializadas do trabalho, militar e eleitoral. Acima dos respectivos Tribunais, encontra-se o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do poder judiciário brasileiro, com as premissas de instância máxima do Poder Judiciário e de guardião da interpretação das normas contidas na Constituição Federal. A esse respeito, afirma Antônio Carlos Oliveri:

Enquanto instância máxima da justiça no país, a principal atribuição do Supremo Tribunal Federal é defender a observação das normas estabelecidas pela Constituição Federal, cabendo-lhe para isso interpretá-la. O Supremo Tribunal Federal, aliás, é seu intérprete mais autorizado, tendo a última palavra em determinar o sentido das normas constitucionais. (2020, p.1)

O Supremo Tribunal Federal possui o condão de interpretar e proteger a Constituição Federal. É o órgão que detém a competência para julgar se houve violação ou ofensa à norma constitucional, e ainda, determinar a correta interpretação da redação legal, já que “[...] afinal de contas, é o órgão máximo do Poder Judiciário no controle dos atos e da ilegalidade” (ABELHA, 2016, p. 1457). Para que possa exercer todas as funções a ele delegadas, o Supremo Tribunal divide-se em três órgãos: o plenário, as duas turmas e a presidência. As duas turmas possuem o condão de julgar causas decididas em primeira ou última instância que tiveram esgotadas todas as outras possibilidades de recursos ordinários, que somente analisa questões que envolvam discussão de matéria constitucional, não admitindo reanálise dos fatos, consoante enunciado da respectiva súmula 279<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Súmula 279 - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Em consequência de sua função de julgar causas decididas em única ou última instância que versam sobre matéria que contraria ou ofende a Constituição Federal que se estabelece o entendimento e a uniformização da norma constitucional, consolidando-se, desta forma, a jurisprudência que norteia o alcance do direito positivo constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, a Corte suprema apenas examina via recurso extraordinário questões que envolvam matéria de ordem pública concernentes à lei constitucional, isso porque as questões que tratam de lei federal desvencilharam-se de sua responsabilidade passando a ser incumbência de um novo Tribunal, criado a partir da Constituição Federal, que então comportaria essa função.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e diante da enxurrada de demandas recursais enviadas ao Supremo, foi criado outro tribunal com o propósito de desafogá-lo, denominado Superior Tribunal de Justiça (STJ). Esse foi antecedido pelo Tribunal Federal de Recursos, que possuía a competência recursal para as causas de interesse da União. Nessa perspectiva, destaca seu primeiro presidente, Afrânio Antônio da Costa:

A competência originária e em grau de recurso, que lhe são atribuídas, desafoga de muito dos seus árduos trabalhos o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ainda, entretanto sob o peso enorme dos recursos extraordinários, do qual somente se aliviará quando uma firme e inabalável jurisprudência fizer cessar as interposições não compreendidas nos escritos limites do texto constitucional. (2020, p.1)

Com o intuito de aliviar o Supremo Tribunal Federal frente ao crescente número de recursos extraordinários a ele remetidos é que foi criado o Superior Tribunal de Justiça, para acesso por meio do recurso especial. O julgamento das questões que tratam de lei federal deixaram de

ser incumbência da Corte Suprema do Poder Judiciário, passando a ser de responsabilidade do Tribunal Superior.

Composto por 33 ministros nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, formando o chamado Plenário, a quem compete julgar Governadores e Desembargadores e dar a última palavra na aplicação da legislação federal, tudo em conformidade com parágrafo único do artigo 104<sup>5</sup> da Constituição Federal. Em sede recursal, cabe ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento dos recursos especiais a ele dirigidos, nos termos do inciso III do artigo 105<sup>6</sup> da Carta Magna.

No princípio, o Supremo Tribunal Federal era responsável pelas demandas que versavam tanto de matéria constitucional quanto federal. Todavia, diante do excesso de demandas foi determinada a criação do Superior Tribunal de Justiça, momento em que se dividiram as responsabilidades entre as duas Cortes Superiores. Acerca das funções do Superior Tribunal de Justiça, elucida Marcelo Abelha:

O STJ possui a função primordial de guardião do direito positivo federal. Cabe a esse órgão, através das matérias alegadas no recurso especial, “manter a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação das leis federais”. Na verdade, o Superior Tribunal de Justiça está ontologicamente associado ao Supremo Tribunal Federal. Isso porque algumas das matérias que antes eram a este afetas (direito federal) foram pinçadas da sua competência, na exata medida em que era criado o STJ para delas cuidar. (2016, p. 1456)

---

<sup>5</sup> Artigo 104 - O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo Único: Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, [...].

<sup>6</sup> Artigo 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.



A principal função do Superior Tribunal de Justiça é a de guardião da legislação federal e sua principal competência é julgar os recursos especiais interpostos nas causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ordinários. Sendo assim, a função dos Tribunais de Corte do poder judiciário brasileiro é analisar questões de ordem pública, cabendo ao Supremo Tribunal Federal tratar daquelas pertinentes à matéria constitucional e ao Superior Tribunal de Justiça aquelas pertinentes à lei federal.

Todavia, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça vem exercendo duas funções que conflitam entre si: a de ser uma espécie de terceira instância, reanalisando matérias julgadas pelos tribunais inferiores e a função de Corte Superior, determinando a adequada interpretação e aplicação da norma federal. Importante frisar que cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, julgar matérias que tenham esgotado todos os outros recursos ordinários admitidos em lei, bem como que somente são recebidas questões de direito que versem sobre matéria infraconstitucional, vedando-se a rediscussão de matéria fática, conforme os termos da respectiva súmula 7<sup>7</sup>.

Cabe salientar, ainda, que os recursos extraordinários *lato sensu* remetidos a esses Tribunais de Corte exigem requisitos específicos de admissibilidade para que assim possam ser admitidos e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, por intermédio da interposição dos recursos especial e extraordinário, respectivamente.

### **3 O requisito da repercussão geral da matéria constitucional para a admissão do recurso extraordinário**

O recurso extraordinário é o instrumento pelo qual se impugna uma decisão judicial proferida por um Tribunal federal, estadual ou turma

---

<sup>7</sup> Súmula 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

recursal do Juizado Especial Cível, diante da alegação de contrariedade ou afronta à norma constitucional e é julgado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal. Assim leciona Humberto Theodoro Jr.:

Trata-se de um recurso excepcional, admissível apenas em hipóteses restritas, previstas na Constituição com o fito específico de tutelar a autoridade e aplicação da Carta Magna. Dessas características é que adveio a denominação de “recurso extraordinário”. (2020, p. 1075)

Diferentemente dos recursos de fundamentação livre, onde se pode apresentar todo tipo de argumento contra a decisão, o recurso extraordinário insere-se nos recursos de fundamentação vinculada, ou seja, trata-se daquela espécie de recurso em que se pode impugnar apenas um tipo específico de matéria. As hipóteses de cabimento restritas do recurso extraordinário são aquelas previstas no inciso III do artigo 102<sup>8</sup> da Carta Magna.

Com base na previsão constitucional, o Código de Processo Civil (CPC) aponta o recurso extraordinário no rol taxativo dos recursos cabíveis no ordenamento jurídico, em seu artigo 994<sup>9</sup>, bem como instrui a quem deverá ser dirigido e qual o procedimento deverá ser aplicado neste recurso, nos artigos 1029<sup>10</sup> e seguintes do diploma processual.

Outrossim, Marcelo Abelha ensina que “ao contrário dos demais recursos cíveis, tem como função precípua a defesa e proteção do direito

---

<sup>8</sup> Artigo 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

<sup>9</sup> Artigo 994 - São cabíveis os seguintes recursos: [...] VII - recurso extraordinário.

<sup>10</sup> Artigo 1029 - O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: I - a exposição do fato e do direito; II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.

positivo, e não do direito subjetivo das partes”. (2016, p. 1457) Significa que este recurso não possui o condão de modificar as decisões com base na reapreciação de provas ou reanálise de questões fáticas a fim de defender o direito subjetivo da parte que se viu prejudicada, mas sim, de julgar exclusivamente aquelas questões que contrariam ou violam dispositivo constitucional, cujo alcance do seu julgamento produza efeitos a todos os cidadãos. A lição é corroborada por Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini ao sustentarem que o recurso extraordinário

tem por finalidade garantir a efetividade e a uniformidade de interpretação do direito objetivo em âmbito nacional, ou seja, por meio destes recursos se pretende que o direito federal (inclusive a própria Constituição Federal) seja efetivamente aplicado e que se deem à regras constitucionais e federais interpretações uniformes e adequadas. Ao cumprir essa tarefa, dada a inviabilidade de total cisão entre as funções interpretativa e construtiva do direito, essas espécies recursais contribuem também para o próprio delineamento da ordem jurídica constitucional e federal infraconstitucional. (2016, p. 602)

Portanto, o recurso extraordinário é um recurso que trata de matéria de ordem pública constitucional, visando a uniformização da sua interpretação e aplicação pelo Supremo Tribunal Federal no intuito de gerar segurança jurídica a todo o ordenamento jurídico. Para a sua admissão, o recurso necessita passar por um duplo juízo de admissibilidade, contemplando os pressupostos intrínsecos e extrínsecos relativos a todos recursos ordinários; agregando-se a estes certos requisitos específicos de admissibilidade que compreendem a obrigatoriedade de esgotamento das vias recursais e o prequestionamento da questão objeto de apreciação.

No que tange aos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, relevante ressaltar que “além das hipóteses de cabimento

arroladas pelo art. 102, III, da CF/1988, a EC nº 45/2004 criou novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, qual seja, a repercussão geral da questão constitucional discutida no caso” (DONIZETTI, 2020, p. 1286). Assim, a parte que deseja interpor o recurso extraordinário deverá preencher os requisitos de admissibilidade citados, além de demonstrar a repercussão geral da matéria constitucional suscitada, ou seja, sua relevância e transcendência para o interesse coletivo, conforme determina o §3º do artigo 102<sup>11</sup> da Magna Carta, inserido pela emenda constitucional n. 45/2004.

Diante da obrigatoriedade de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais determinadas pela Lei Maior, é que se estabeleceu no §2º do artigo 1035<sup>12</sup> do Código de Processo Civil tal dever. Nesse viés, o §1º<sup>13</sup> do referido artigo especifica as hipóteses em que será considerada a existência de questões relevantes para a coletividade, ou seja, a existência da repercussão geral no recurso extraordinário. Para Wambier, Alvim e Medina a relevância da matéria é explicada da seguinte forma:

(i) econômica: quando se discutem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou privatização de serviços públicos essenciais; (ii) política: quando de uma causa possa emergir decisão capaz de influenciar relações com os Estados estrangeiros ou organismos internacionais; (iii) social: quando o núcleo discutido diz respeito à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações; e (iv) jurídica: é a definição de um conceito ou noção de um instituto jurídico básico, como por exemplo, um direito adquirido. (2005, p. 103)

---

<sup>11</sup> Artigo 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] §3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

<sup>12</sup> Artigo 1035 - [...] §2º - O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>13</sup> Artigo 1035 - [...] §1º - Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Importante destacar que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, em juízo único de admissibilidade, julgar se na matéria que se pretende discutir, incide ou não o requisito da repercussão geral, quer dizer, se a decisão resultante da questão arguida em sede de recurso extraordinário refletirá efeito ‘erga omnes’, à coletividade. A repercussão geral é assim definida por Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

A repercussão geral foi regulamentada pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, e vem tratada no art. 1.035 do CPC. Ela deve ser demonstrada preliminarmente, no recurso extraordinário, do qual constitui condição de admissibilidade. Deve considerar a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. A lei valeu-se aqui de conceito vago, que deve ser integrado pelo julgador. A repercussão geral transmite a ideia de que a questão constitucional deva refletir não apenas o interesse das partes, mas também de um grande número de pessoas, que afete a vida de uma faixa substancial da sociedade, ou que diga respeito a valores cuja preservação interesse a toda ou a boa parte da coletividade. O acréscimo desse requisito ao recurso extraordinário visa a afastar o exame de questões de somenos, que digam respeito apenas às próprias partes e que correspondam a um valor cuja proteção interesse à comunidade social, de uma maneira geral. (2020, p. 386).

A partir do surgimento da repercussão geral - fundada nos pressupostos da relevância e transcendência - o recurso extraordinário transformou-se num instrumento de impugnação que não possui relação somente às partes do processo (direito subjetivo) e, portanto, produz seus efeitos para além dos envolvidos na demanda (direito objetivo), resolvendo todas as questões que se opunham de igual modo às matérias constitucionais. Nessa perspectiva, aponta Alexandre Freitas Câmara:

Consiste a repercussão geral na existência de relevância da questão constitucional discutida do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico “que [ultrapasse] os interesses subjetivos do processo” (artigo 1035, §1º). Em outros termos, só se admite o recurso extraordinário se a questão constitucional nele discutida tiver *transcendência* do ponto de vista subjetivo, interessando sua solução não só às partes do processo em que a matéria tenha sido suscitada, mas sendo capaz de alcançar a sociedade como um todo (ou parcela relevante e significativa dela). (2016, p. 541)

Dessa forma, compreende-se a importância em demonstrar a existência da repercussão geral da matéria contestada, visto que o Supremo Tribunal Federal só receberá o recurso se este pressuposto existir, já que o preceito do recurso extraordinário é determinar a adequada e uniforme interpretação do texto constitucional.

À luz do Código de Processo Civil fica estabelecido que, na falta do requisito da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal não conhecerá o recurso extraordinário, já que este pressuposto é requisito fundamental para o recebimento deste recurso, consoante o ‘caput’ do artigo 1035<sup>14</sup>. Consequentemente, todas as outras demandas que versarem sobre matérias idênticas terão igualmente seus seguimentos negados, fulcro no §8º<sup>15</sup> do referido artigo. Corroboram desse entendimento, Alexandre Reis Siqueira Freire e Marcello Soares Castro, ao lecionar que a repercussão geral funciona como uma espécie de filtro que identifica as questões que fazem jus à contemplação do Supremo Tribunal Federal, para que dessa forma, a Suprema Corte julgue apenas as causas que de fato sejam relevantes para a coletividade. Não obstante, Humberto Theodoro Jr.

---

<sup>14</sup> Artigo 1035 - O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

<sup>15</sup> Artigo 1035 - [...] §8º - Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

defende a importância da Emenda Constitucional nº 45/2004 e a necessidade da existência da repercussão geral:

Foi, sem dúvida, a necessidade de controlar e reduzir o sempre crescente e intolerável volume de recursos da espécie que passou a assoberbar o Supremo Tribunal a ponto de comprometer o bom desempenho de sua missão de Corte Constitucional, que inspirou e justificou a reforma operada pela EC nº 45. (2020, p. 1081)

Desse modo, com a exigência da repercussão geral como requisito de admissão do recurso extraordinário, é que se busca frear a chegada de matérias inadequadas frente às decisões das instâncias inferiores ao Supremo Tribunal Federal, para que, dessa forma, seja possível manter a qualidade e o bom desempenho nos julgamentos proferidos a partir dos recursos extraordinários, e assim, se mantenha a função precípua da Suprema Corte brasileira de julgar questões que visam a uniformização do direito objetivo, primando pela supremacia do interesse público.

#### **4 A função do recurso especial e a proposta de emenda à Constituição n. 209/2012**

O recurso especial é um instrumento de impugnação das decisões que envolvam questões que contrariam ou negam vigência a tratado ou lei federal, em causas decididas em única ou última instância dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. De acordo com a lição de Eduardo Arruda Alvim,

[...] o recurso especial apresenta-se como espécie de recurso extraordinário (lato sensu), ou seja, recurso de estrito direito. Dessa forma, seu objeto não é a pura e simples correção da má aplicação do direito ao caso concreto, corrigindo eventual injustiça. Mais do que isso, presta-se o recurso especial, tal como o extraordinário, a preservar a correta aplicação do direito, a bem, propriamente, do direito objetivo. (2018, p. 67)

Nesse sentido, igualmente ao recurso extraordinário, o recurso especial somente cuida das questões que versam sobre o direito objetivo, neste caso, o direito infraconstitucional, sendo que sua aplicação não se dá nos casos em que se quer ver corrigido o direito subjetivo das partes, dado que é vedado o reexame de provas ou alegações de fatos novos, consoante enunciado da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

O recurso especial é também caracterizado por ser um instrumento de impugnação de fundamentação vinculada, uma vez que as suas hipóteses de cabimento estão previstas no artigo 105, inciso III da Constituição Federal e sua interposição depende da adequação do caso a essa norma. Ainda, encontra-se estabelecido no rol taxativo do Código de Processo Civil, no inciso VI do artigo 994<sup>16</sup> e sua forma e procedimento estão igualmente regulamentados no referido diploma legal. Ademais, este recurso tem como função precípua dar o entendimento correto à norma federal (direito objetivo federal) e só poderá ser interposto em face de causas decididas, após o esgotamento de todos os outros recursos ordinários. Nesse segmento, Cássio Scarpinella Bueno assim leciona:

É das decisões proferidas por outros órgãos jurisdicionais que decorrem, ou não, violações e contrariedades às normas federais e à jurisprudência de outros Tribunais. Sem prévia decisão, não há como estabelecer em que medida as normas federais, constitucionais ou legais, foram ou deixaram de ser violadas pelos demais componentes da estrutura judiciária nacional. (2019, p.680)

Dito isso, para que haja a real compreensão das normas infraconstitucionais que foram negadas ou contrariadas, ou seja, após o questionamento, debate e julgamento da matéria nas instâncias inferiores

---

<sup>16</sup> Artigo 994 - São cabíveis os seguintes recursos: [...] VI - recurso especial.



e todos os meios possíveis de recursos ordinários estabelecidos pelo ordenamento jurídico, é que se faz cabível a interposição do recurso especial.

É o recurso que trata de matéria de ordem pública em face de decisões que contrariam ou negam vigência à tratado ou lei federal, com intuito de uniformizar o entendimento da norma infraconstitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Possui endereçamento exclusivo ao Superior Tribunal de Justiça, Corte responsável pelo seu julgamento e quem detém a competência para dar a uniformidade no entendimento a respeito das questões vinculadas à legislação federal infraconstitucional. Dessa forma, afirma Tiago Fachini que “o recurso especial é direcionado ao STJ e tem como objetivo comparar a decisão judicial com a legislação federal e com o entendimento jurisprudencial dos demais tribunais similares”. Isto quer dizer que nenhum outro tribunal detém competência para julgar o recurso especial senão o Superior Tribunal de Justiça, ademais, após a análise comparativa realizada por este Tribunal em face das decisões dos Tribunais inferiores diante da concepção da legislação federal é que resultam suas teses, que promovem a jurisprudência, garantidora da segurança jurídica em situações onde se estabeleçam idênticas discussões de matérias infraconstitucionais.

Assim como no recurso extraordinário, para que possa ser admitido o recurso especial, faz-se necessário que este preencha alguns requisitos de admissibilidade, como os pressupostos intrínsecos e extrínsecos comuns aos recursos ordinários, além do prequestionamento da matéria federal e o prévio esgotamento das vias recursais ordinárias, uma vez que não é admitida a interposição deste recurso quando ainda houver a possibilidade de interposição de algum recurso ordinário nas instâncias inferiores.

Por outro lado, diferentemente do recurso extraordinário, o recurso especial não possui como requisito de admissibilidade a repercussão geral da matéria impugnada, o que recentemente foi questão de discussão e deu origem ao Projeto de Emenda à Constituição (PEC), com o intuito de implementar a relevância da matéria para admissão do recurso especial.

Com a inclusão da repercussão geral como requisito para julgamento no Supremo Tribunal Federal através da EC nº 45/2004, surgiram entendimentos no sentido de se implementar esse tal requisito também à admissibilidade do recurso especial para julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça. Destaca José Fleuri destaca que “o Ministro Nilson Naves, quando presidente do STJ, em mais de uma oportunidade reivindicou junto ao Senado Federal a inclusão na Reforma do Poder Judiciário da repercussão geral para o recurso especial”. (2008, p. 50) A partir de então, o Superior Tribunal de Justiça buscou que a repercussão geral fosse implementada também na esfera do recurso especial.

A PEC n. 209/2012 é a proposta de emenda à Constituição de autoria, à época, dos deputados federais Rose de Freitas e Luiz Pitiman, que visa a inserir o §1º ao artigo 105 da Constituição Federal, bem como reenumerar o parágrafo único, no intuito de incluir a repercussão geral da matéria federal como requisito de admissibilidade ao recurso especial. Destarte, prevê que a admissão do recurso especial siga os mesmos moldes da repercussão geral exigida para os recursos extraordinários dirigidos ao Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, a norma constitucional passaria a vigorar com a seguinte redação:

Artigo 105 - [...] § 1º No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos

membros do órgão competente para o julgamento. § 2º Funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça: [...].

Inicialmente, a ideia que se busca alcançar com a aprovação da emenda é a de que a criação deste “filtro” não represente um cerceamento do direito do cidadão, do contrário, ela busca justamente tornar mais célere e eficiente o trabalho do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o excesso de demandas ao órgão remetidas o desvirtua de sua função institucional precípua, qual seja, a de dar uniformidade à interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais e segurança jurídica ao ordenamento jurídico.

A discussão que deu origem à PEC fundamenta-se no excessivo número de demandas que não tratam de causas de interesse coletivo e que chegam diariamente ao Superior Tribunal de Justiça, como a própria justificativa da emenda aponta: “de tal sorte, acotovelam-se no STJ diversas questões de índole corriqueira, como multas de trânsito, cortes no fornecimento de energia elétrica, de água, de telefone”, a fim de que este Tribunal não se torne uma espécie de terceira instância revisora de julgados dos Tribunais estaduais e regionais. A função precípua do Superior Tribunal de Justiça é proporcionar a uniformização da interpretação da lei federal, dando prioridade ao julgamento de teses. A implementação da relevância concede ao recurso especial manter o seu caráter de excepcionalidade.

Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça acabaria por exercer tão somente o seu papel de Corte da Cidadania em demandas que, de fato, possuam elementos que transcendam o direito subjetivo das partes do processo. Resumindo, as questões devem comprovar a relevância jurídica, econômica, social ou política, assim como ocorre com o recurso extraordinário, que exige a demonstração da repercussão geral da matéria.

Contudo, apesar de parecer uma ideia transformadora, o conteúdo da PEC 209/2012 divide opiniões. A Ministra Laurita Vaz, afirma que o elevado número de processos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça é uma das maiores preocupações de todos os Ministros, uma vez que o excesso de processos desvirtua o papel do Tribunal de uniformizar teses jurídicas na interpretação da lei federal e provoca irreparáveis prejuízos à sociedade. No mesmo sentido o Ministro João Otávio de Noronha afirma que é preciso tempo para a interpretação dos casos e elaboração de boas decisões, e diante do alto número de demandas recebidas no Superior Tribunal de Justiça, não lhes resta tempo para que decisões maduras possam ser tomadas.

Em contrapartida, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), manifestou-se de maneira contrária ao projeto da emenda, argumentando no sentido de que “é preciso considerar que as reformas do judiciário devem ter em vista o interesse dos jurisdicionados – e não, como frequentemente acontece entre nós – a preocupação de reduzir encargos ou limitar recursos”. No entendimento do Conselheiro Federal Paulo Roberto de Gouvêa Medina a admissão deste requisito no recurso especial implicaria em graves consequências, uma vez que:

[...] conspira contra a própria história do Superior Tribunal de Justiça. Esse tribunal surgiu, com a Constituição de 1988, para dividir com o Supremo Tribunal Federal o julgamento dos recursos de natureza extraordinária. Sua criação atendia a dois propósitos: reservar ao Supremo a função precípua de Corte Constitucional e possibilitar o julgamento dos recursos fundados em ofensa à lei federal sem os entraves que, antes, limitavam-lhe o cabimento. (2012, p. 4-5)

O relator narra que anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 e à existência do Superior Tribunal de Justiça, as questões

impugnadas em sede de recurso extraordinário que versavam sobre negativa de vigência da lei federal somente eram admitidas se houvesse a relevância da matéria suscitada. Assim, entende que se a proposta de emenda for aprovada, haverá um retrocesso histórico pelo fato de que tal proposta não solucionaria o problema do número de demandas enviadas ao Superior Tribunal de Justiça, do contrário, apenas serviria para coibir o acesso à justiça por parte dos cidadãos, trilhando o caminho oposto ao objetivo pelo qual o referido Tribunal foi criado.

Em outro sentido, Luiz Dellore afirma que se faz necessária a repercussão geral da matéria no recurso especial, levando em consideração a importância que o Superior Tribunal de Justiça possui diante da proximidade com a sociedade, destacando que “de seu turno, muito mais transparente a repercussão geral do que a “jurisprudência defensiva” hoje vista nos tribunais, especialmente no STJ”. (2017, p. 2) Na percepção do autor, atualmente existe uma espécie de filtragem no que tange à análise dos demais requisitos de admissibilidade do recurso especial, que ele denomina como “uma exacerbação/rigidez/formalismo extremo em relação aos requisitos de admissibilidade recursais”. Assim, denomina a relevância como “mais transparente”, pois esses “filtros aleatórios” existentes e fundamentados no excesso de rigidez e de formalidade não trazem segurança jurídica, ao passo que não há como prever quais recursos os Ministros conhecerão e quais serão rechaçados por “falta de requisitos” (desconhecidos) determinados pelos próprios Ministros. (DELLORE, 2017)

Por outro lado, importante o entendimento oposto apresentado por Thomas Ubirajara Caldas de Arruda:

Ao que parece, a aprovação da PEC 209/2012 neste momento, não reflete muita sensatez, especialmente porque tudo indica que o novo sistema introduzido pelo CPC/2015, consistente em mecanismos de uniformização e

estabilização da jurisprudência (incidente de resolução de demandas repetitivas, assunção de competência, etc), irá atuar diretamente na resolução da crise numérica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. É preciso lembrar que a força vinculante dos precedentes judiciais no novel diploma contribuirá consideravelmente para a redução do número de recursos, pois as teses jurídicas firmadas nos tribunais superiores deverão ser aplicadas a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre questão juridicamente idêntica e aos casos futuros que discutirem a mesma matéria, sob pena de reclamação perante o tribunal que concebeu o *stare decisis* (precedente vinculante). (2016, p. 45)

O autor compreende que a medida mais razoável a ser tomada no momento é permitir que as alterações estabelecidas pelo Código de Processo Civil de 2015 surjam no decorrer do tempo, uma vez que tais diretrizes levarão a um desencorajamento orgânico no que tange à interposição do recurso especial, em decorrência do emprego dos precedentes vinculantes pelos Tribunais.

Percebe-se, diante das lições apresentadas, que para parte dos operadores do direito o requisito da repercussão geral não solucionou por completo a questão do número de demandas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal para julgamento. Similarmente, o Superior Tribunal de Justiça passa por uma crise existencial que o impossibilita de operar com qualidade, seja na sua função de Corte Superior, seja como uma instância recursal, havendo pouca perspectiva de que a crise do STJ será solucionada com essa medida.

Em sentido diverso, pensa-se que a aprovação do Projeto de Emenda à Constituição resultaria no aprimoramento no que diz respeito à qualidade dos julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça, o que conseqüentemente converteria na eficácia dos direitos do cidadão na esfera judicial, bem como garantiria uma maior segurança jurídica, o que seria um passo significativo para o Estado Democrático de Direito. Sob

esse prisma, Phelipe Moreira Souza Frota e Luciano de Souza Godoy acrescentam:

De outra banda, exigirá protagonismo maior dos advogados e dos próprios magistrados na condução dos processos nas primeiras e segundas instâncias do Judiciário. Significa dizer que o Estado deverá investir em uma prestação jurisdicional cada vez mais especializada. A advocacia, por seu turno, deverá se dedicar na estratégia processual direcionada, esmerar-se na produção de provas e no esgotamento do tema até a segunda instância, onde a discussão, de fato, encerrar-se-á. (2019, p. 67)

Depreende-se da lição dos autores que eles compreendem e defendem a importância em se aplicar o requisito da relevância ao recurso especial, em busca da qualidade e eficiência dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, ao passo em que apontam a necessidade de um maior empenho e especialização por parte dos operadores do direito.

Alcançar o equilíbrio entre a celeridade processual com qualidade nos julgados e a não vedação do acesso à justiça através dos recursos é o propósito desejado. No entanto, diante das inúmeras divergências no entendimento entre os doutrinadores e os operadores do direito com relação ao objetivo da criação do Projeto de Emenda à Constituição nº 209/2012, percebe-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido até alcançar a solução, seja ela a aprovação da PEC, seja alguma outra tentativa de solucionar a crise do Superior Tribunal de Justiça.

Por conseguinte, necessário se faz desenvolver um amplo debate e uma análise refinada acerca das medidas que podem ser tomadas para um aperfeiçoamento no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange especificamente ao recurso especial, com o propósito que ele cumpra com sua função constitucionalmente estabelecida, bem como atenda às necessidades da sociedade, razão pela qual foi criado, inclusive sendo conhecido como Tribunal da Cidadania.

### **Considerações finais**

O presente artigo percorreu a evolução histórica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando a competência de cada um deles, com base no texto constitucional, e estudou os aspectos do recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral da matéria constitucional, característica específica deste recurso implementado no texto constitucional através da EC 45/2004.

Evidenciou-se que o recurso especial faz parte dos chamados recursos extraordinários *lato sensu*, uma vez que, assim como o recurso extraordinário, também possui fundamentação vinculada às hipóteses contidas na Constituição Federal. Diferem-se, ambos os recursos, no que tange à implementação do requisito da repercussão geral para sua admissão, já que o recurso especial não demanda o preenchimento deste pressuposto.

Outrossim, verificou-se que em decorrência da não incidência da repercussão geral para a admissão do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça se viu abarrotado de demandas que muitas vezes tratam dos interesses subjetivos das partes, impondo ao órgão desempenhar a função de mero revisor de julgados dos Tribunais inferiores. A partir dessa circunstância surgiu a Proposta de Emenda à Constituição de n. 209/2012, visando a implementação do filtro da relevância e transcendência da matéria federal para admissão do recurso especial, aguardando aprovação no Senado Federal.

Bastante debatido, o projeto de lei suscitou opiniões divergentes acerca da sua aprovação. Por uma lado, os operadores do Direito entendem pela aprovação do projeto para que, com a introdução do requisito da repercussão geral da matéria federal, os temas objeto de apreciação e julgamento por meio do recurso especial estejam alinhados



com a supremacia do interesse público nos Tribunais de Corte. Nessa linha, não se defende um cerceamento do direito do cidadão, mas procura-se aprimorar o trabalho do Superior Tribunal de Justiça para que cumpra com a sua estrita função de conceder uniformidade à interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais, trazendo segurança jurídica ao ordenamento.

Em sentido oposto, outros operadores do Direito compreendem que a implementação do requisito da repercussão geral para a admissibilidade do recurso especial seria um retrocesso ao acesso à justiça, um obstáculo aos cidadãos para alcançar a via recursal superior, bem como que não seria eficaz na redução das demandas levadas até o Superior Tribunal de Justiça, caracterizando-se somente uma jurisprudência defensiva.

Considerando as opiniões coletadas acerca da necessidade e consequências da implementação do requisito da repercussão geral da matéria federal para a admissão do recurso especial, entende-se que, muito embora a obrigatoriedade da repercussão geral no recurso extraordinário não tenha resultado a solução para a crise quantitativa em que se encontra o Supremo Tribunal, é imperioso validar as funções exercidas pelos Tribunais Superiores. Sendo assim, a equiparação dos requisitos de admissibilidade, com a inclusão da repercussão geral à admissão do recurso especial, é medida que deve ser implementada, a fim de que o Superior Tribunal de Justiça possa cumprir a sua precípua função de determinar a adequada forma de interpretação e aplicação da normas jurídicas federais, por meio da análise dos casos que representam a supremacia do interesse público.

## **Referências**

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Principais aspectos do recurso especial**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/197/edicao-1/principais-aspectos-do-recurso-especial>>. Acesso em 09. nov., 2020.

ANTONIO CARLOS OLIVERI. **Supremo Tribunal Federal – Saiba o que é e como se compõe o STF**. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/cidadania/supremo-tribunal-federal-saiba-o-que-e-e-como-se-compoe-o-stf.htm>>. Acesso em: 06. out., 2020.

ARRUDA, Thomas Ubirajara Caldas de. **A PEC 209/2012 e o requisito da “relevância da questão federal” nos recursos especiais**. 2016. Disponível em: <<https://www.olhardireto.com.br/artigos/exibir.asp?id=8122&artigo=a-pec-2092012-e-o-requisito-da-relevancia-da-questao-federal-nos-recursos-especiais>>. Acesso em: 06. nov., 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: volume 2: procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 22. out., 2020.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 26. out., 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DELLORE, Luiz. **Repercussão geral para o recurso especial?** São Paulo: 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

- FACHINI, Tiago. **Recurso especial no novo CPC: requisitos, hipótese e prazos.** Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/recurso-especial>>. Acesso em: 02. nov., 2020.
- FLEURY, José Theophilo. **Recursos especial e extraordinário:** interposição simultânea, fundamentos suficientes e prejudicialidade. Curitiba: Juruá, 2008.
- FREIRE, Alexandre Reis Siqueira Freire. CASTRO, Marcelo Soares. **O Juízo de Admissibilidade do Recurso Extraordinário no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.** Ano. 19.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Proposta de Emenda à Constituição n. 209/2012.** Requisitos de admissibilidade ao Recurso Especial. STJ. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/pec-da-repercussao-geral-no-stj-voto-no-pleno.pdf>>. Acesso em: 08. nov., 2020.
- MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República).** 3. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. **A função dos Tribunais superiores. STJ:** 10 anos - obra comemorativa 1989 - 1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **PEC da Relevância materializa missão constitucional do STJ.** Dez. 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/411059473/pec-da-relevancia-materializa-missao-constitucional-do-stj>>. Acesso em: 25. out., 2020.
- THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALVIM, Teresa Arruda. MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil:** vol. III. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória).** 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



**[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)**  
**[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)**